Göttinger Schriften zum Medizinrecht
Band 4



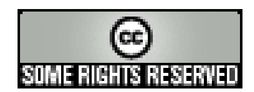
Eva Schumann (Hg.)

Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen bei embryopathischem Befund

Universitätsverlag Göttingen

Eva Schumann (Hg.)

Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen bei embryopathischem Befund



erschienen als Band 4 in der Reihe „Göttinger Schriften zum Medizinrecht“
im Universitätsverlag Göttingen 2008

Eva Schumann (Hg.)

Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen bei embryopathischem Befund

Göttinger Schriften
zum Medizinrecht
Band 4



Universitätsverlag Göttingen
2008

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgeber der Reihe
Zentrum für Medizinrecht
Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen
Geschäftsführender Direktor: Prof. Dr. Gunnar Duttge

Umschlaggestaltung: Kilian Klapp und Margo Bargheer

http://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-940344-47-2
ISSN: 1864-2144

Inhaltsverzeichnis

Vorwort

Dieser Band vereinigt die Referate und Beiträge des 3. Göttinger Workshops zum Medizinrecht vom 26. Februar 2008, der die Thematik *Schwangerschafts(spät)abbruch nach Pränataldiagnostik* aus der Perspektive verschiedener Fachdisziplinen behandelt hat. Im Mittelpunkt der Beiträge stehen die (straf-)rechtliche und medizinethische „Bewertung" menschlichen Lebens vor der Geburt und die Frage, wie die beteiligten Professionen mit der Problematik eines embryopathischen Befundes verantwortlich umgehen können, damit die schwangere Patientin beim emotional belastenden Entscheidungsprozess die notwendige Hilfe und Unterstützung erhält, gleichzeitig aber auch dem Lebensrecht des ungeborenen Kindes (insbesondere in Fällen extrauteriner Lebensfähigkeit) angemessen Rechnung getragen wird.

Obwohl die ethischen, rechtlichen und medizinischen Probleme des Schwangerschafts(spät)abbruchs nach embryopathischem Befund seit der Reform durch das *Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz* von 1995 und der damit verbunden Abschaffung der embryopathischen Indikation in der Fachliteratur diskutiert werden, fehlen noch immer überzeugende Lösungskonzepte, vor allem aber der Wille des Gesetzgebers zu einer Reform. Die in diesem Band vereinigten Beiträge verfolgen unterschiedliche Lösungsansätze, mahnen aber alle den dringenden Reformbedarf an und bieten (gerade rechtzeitig) Anregungen für die rechtspolitische Diskussion, die vor wenigen Tagen mit einem Gesetzesentwurf aus den Reihen der CDU/CSU-Fraktion zur Änderung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes erneut in Gang gesetzt wurde.

Die Betreuung des Tagungsbandes oblag am Lehrstuhl Frau Katharina Waller, der ich ebenso wie allen an der Organisation des Workshops und der Korrektur der Manuskripte beteiligten Hilfskräfte danken möchte.

Für den Abdruck des Vorschlags zur Ergänzung des Schwangerschaftsabbruchsrechts aus medizinischer Indikation danke ich der Bundesärztekammer und der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe.

Göttingen, im Dezember 2008 Eva Schumann

Verantwortung für das ungeborene Leben im Kontext von Pränataldiagnostik und Schwangerschaftsspätabbruch

Eva Schumann

I. Einführung

Gegenstand dieses Tagungsbandes sind die ethischen, medizinischen und rechtlichen Fragen, die sich im Zusammenhang mit einem Schwangerschaftsabbruch nach embryopathischem Befund – oft im späten Stadium der Schwangerschaft und teilweise bei extrauteriner Lebensfähigkeit des Ungeborenen – stellen. Die Fortschritte der Medizin in den Bereichen der Pränataldiagnostik, der Perinatalmedizin und der Neonatologie sind dabei Fluch und Segen zugleich: Einerseits nehmen Pränatal- und Perinatalmedizin das Ungeborene als therapierbaren „Patienten" wahr, andererseits lösen die immer präziseren Möglichkeiten zur Feststellung von genetischen Erkrankungen nur selten Therapien aus, sondern dienen primär als Grundlage der Entscheidung für oder gegen einen Abbruch der Schwangerschaft.[1] In dieser Situation wird auch die neonatologische Intensivme-

[1] Insofern ist auch der Begriff Pränatal„diagnostik" nicht unproblematisch, denn in den meisten Fällen der etwa 70.000 invasiven pränataldiagnostischen Eingriffe, die pro Jahr in Deutschland durchgeführt werden, folgt aus der Diagnostik keine therapeutische Konsequenz für das ungeborene Leben. Dazu *Hermann Hepp*, Pränataldiagnostik, Eine Standortbestimmung, Der Gynäkologe 2006, S. 861 ff. Vgl. weiter *Bundesärztekammer (BÄK)*, Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen, Deutsches Ärzteblatt 95 (1998), Heft 50, A-3236, A-3241: „Eine pränatale Diagnostik ist sinnvoll und ärztlicherseits geboten, wenn dadurch eine Erkrankung oder Behinderung des Kindes intrauterin behandelt oder für eine rechtzeitige postnatale Therapie gesorgt werden kann. Für das Kind fehlt es an einer Indikation für die pränatale Diagnostik, wenn – was nicht selten der Fall ist – sich keine Therapiemöglichkeiten abzeichnen. In dem Falle kann das ungeborene Kind dem Risiko eines diagnostischen Eingriffs ausgesetzt werden, obwohl eine Entscheidung über Fortsetzung oder Abbruch der

dizin nicht mehr als Chance verstanden, vielmehr führen ihre Einsatzmöglichkeiten zu einer Verschärfung des ethischen Konflikts.

II. Der Schwangerschaftsspätabbruch – ein gesellschaftliches Tabu?

Bei der Vorbereitung des Themas war es nicht ganz einfach, einen aussagekräftigen Titel für die Veranstaltung zu finden. Dass wir mit diesen Schwierigkeiten nicht allein stehen, zeigt beispielsweise auch der Titel einer Dresdner Tagung zu diesem Thema Ende Februar 2008, der eher verniedlichend lautet *„Da stimmt doch was nicht …" – Logik, Praxis und Folgen vorgeburtlicher Diagnostik*.[2] Die sprachlichen Verschleierungen und das Unaussprechliche, das sich dahinter verbirgt, sind Ausdruck eines Tabus, das den Schwangerschaftsabbruch heute vielleicht noch stärker als früher umgibt.[3]

Während § 218a III StGB a.F. bis zur Reform durch das *Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz* vom 21.8.1995[4] ausdrücklich Schwangerschaftsabbrüche

---

Schwangerschaft die einzige Konsequenz aus dem Ergebnis der Diagnostik darstellt." Zur Problematik insgesamt auch *Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG)* (Hrsg.), Positionspapier: Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik, 2003; *Diakonie*, Stellungnahme des Diakonischen Werkes der EKD zu Schwangerschaftsabbrüchen nach Pränataldiagnostik (so genannte Spätabbrüche), Diakonie Korrespondenz 2/2001, S. 3, 4 f. *Maria Mattisseck-Neef*, Schwangerschaftsabbrüche kranker/geschädigter Föten und Neugeboreneneuthanasie, 2006, S. 122 ff., 186 ff. Zur vorgeburtlichen Behandlung erkrankter Feten vgl. *Max Wüstemann*, Neue Entwicklungen in der pränatalen Therapie, in: Christa Wewetzer/Thela Wernstedt (Hrsg.), Spätabbruch der Schwangerschaft, Praktische, ethische und rechtliche Aspekte eines moralischen Konflikts, 2008, S. 45 ff.

2 Tagung im Deutschen Hygiene-Museum Dresden vom 29.2.-1.3.2008.

3 Vgl. etwa *Reinhard Merkel*, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl. 2005, § 218 StGB, Rn. 8-9: „Angriffsobjekt der einzelnen Abbruchshandlung ist dagegen ‚**das Ungeborene**' […]. Ausgewiesen wird es im Wortlaut des Tatbestands gleichwohl nicht. Vielmehr deutet dieser mit der Fassung des Handlungsmerkmals allein als ‚Abbruch der Schwangerschaft' gewissermaßen in die falsche Richtung, nämlich auf die Schwangere selbst; oder eigentlich, und genauer: auf ihren physiologischen Zustand […]. Im RStGB von 1871 war das tatbestandliche Handlungsmerkmal dagegen deutlich als ‚**Abtreiben**' oder ‚**Töten der Frucht im Mutterleibe**' formuliert. […] Erst 1976 erhielt das Handlungsmerkmal seine heutige Gestalt […]. Ob man im Schlussakt dieser Metamorphose eine weitere ‚absichtsvoll' verschleiernde Unaufrichtigkeit des Gesetzgebers sehen will oder immerhin den Ausweis einer Unfähigkeit des ‚modernen Lebensgefühls', die begriffliche Wahrheit über die Abtreibung, nämlich über deren Tötungscharakter zu ertragen […], oder aber bloß den unverdächtigen Versuch einer wertneutralen Formulierung: jedenfalls schafft die prima facie irreführende Gestalt des jetzigen Handlungsmerkmals eine Reihe von Auslegungsproblemen, die von seiner ursprünglichen Deutlichkeit vermieden worden sind […]." Vgl. weiter *Rudolf Neidert*, Späte Schwangerschaftsabbrüche als Problem des Gesetzgebers, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 2008, S. 842, 843.

4 BGBl. I, S. 1050. Zur Entwicklung bis 1995 vgl. nur *Gunther Arzt/Ulrich Weber*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2000, S. 112 ff. Zur Diskussion ab 1996 vgl. *Christa Wewetzer*, Spätabbrüche: Aktuelle Problemstellung und gesellschaftliche Debatte 1996-2007, in: Christa Wewetzer/Thela

bei embryopathischem Befund zuließ,[5] ist diese Fallgruppe heute in der medizinischen Indikation des § 218a II StGB „versteckt".[6] Das Ziel, eine Diskriminierung behinderten Lebens im Gesetzestext zu vermeiden, wurde damit zwar erreicht,[7] jedoch um den Preis einer Relativierung des Schutzes ungeborenen – gerade auch behinderten – Lebens durch Abschaffung der Beratungspflicht[8] und der zeitlichen Begrenzung des Abbruchs bis zum Ende der 22. Schwangerschaftswoche post conceptionem (p.c.), vor allem aber durch das Fehlen der Voraussetzung der schweren Missbildung bzw. Schädigung des Ungeborenen.[9] Heute rechtfertigt bereits eine leichte Fehlbildung den Abbruch der Schwangerschaft,[10] wenn der nicht erfüllte Wunsch nach einem gesunden Kind bei der Schwangeren eine schwerwiegende Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes auslöst.[11] Ganz im Sinne des beschriebenen Tabus werden diese

---

Wernstedt (Hrsg.), Spätabbruch der Schwangerschaft, Praktische, ethische und rechtliche Aspekte eines moralischen Konflikts, 2008, S. 15 ff.

5 § 218a III StGB a.F.: „Die Voraussetzungen des Absatzes 2 gelten auch als erfüllt, wenn nach ärztlicher Erkenntnis dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß das Kind infolge einer Erbanlage oder schädlicher Einflüsse vor der Geburt an einer nicht behebbaren Schädigung seines Gesundheitszustandes leiden würde, die so schwer wiegt, daß von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden kann. Dies gilt nur, wenn die Schwangere dem Arzt durch eine Bescheinigung nach § 219 Abs. 3 Satz 2 nachgewiesen hat, daß sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen, und wenn seit der Empfängnis nicht mehr als zweiundzwanzig Wochen verstrichen sind."

6 Den Begriff des Versteckens verwendet *Hermann Hepp*, Pränatalmedizin und Embryonenschutz – ein Widerspruch der Werte, ZfmE 49 (2003), Heft 4, S. 343, 345 f. („versteckte Indikation", „Mogelpackung"). Kritisch auch *ders.*, Pränatalmedizin und Schwangerschaftsabbruch aus medizinischer Indikation, in diesem Band, S. 65, 72 f. Vgl. weiter *Horst Dreier*, Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes, ZRP 2002, S. 377, 380 f.; *Mattisseck-Neef* (Anm. 1), S. 192 („gesetzgeberische Verhüllungskunst").

7 Vgl. nur *Mattisseck-Neef* (Anm. 1), S. 85 mwN: „Ausweislich der Debatten im Bundestag sollte die embryopathische Indikation […] symbolisch gestrichen werden, um deutlich zu machen, daß eine Behinderung keinen Schwangerschaftsabbruch rechtfertigen kann und die bisherige gesetzliche Regelung insofern mißverständlich war. […] Der Gesetzgeber wollte somit lediglich auf die ausdrückliche Normierung der embryopathischen Indikation verzichten, nicht jedoch die Rechtfertigung embryopathisch indizierter Schwangerschaftsabbrüche ersatzlos ‚streichen'."

8 Seit 1995 besteht keine psychosoziale Beratungspflicht bei embryopathischem Befund, d.h. die werdende Mutter ist nur über die Folgen des ärztlichen Eingriffs aufzuklären. Allerdings hat jede Schwangere einen Anspruch auf psychosoziale Beratung nach § 2 SchKG.

9 Zur Rechtslage bei embryopathischem Befund vor und nach der Reform 1995 ausführlich *Eva Schumann/Adrian Schmidt-Recla*, Die Abschaffung der embryopathischen Indikation – eine ernsthafte Gefahr für den Frauenarzt?, MedR 1998, S. 497 ff.

10 Kritisch dazu *Ortrun Riha*, Der Wunsch nach einem gesunden Kind, Medizinethische Überlegungen zur Bewertung menschlichen Lebens in frühen Entwicklungsstadien, in diesem Band, S. 41, 57 f. *Riha* weist darauf hin, dass zunehmend nach Pränataldiagnostik auch Schwangerschaftsabbrüche aufgrund der prognostisch schwer einzuschätzenden Trisomie 21 oder relativ geringfügiger „Normabweichungen" wie Kleinwüchsigkeit vorgenommen werden.

11 Auch *Walter Gropp*, Der Embryo als Mensch: Überlegungen zum pränatalen Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, GA 2000, S. 1, 2 geht davon aus, dass die Reform 1995 zu einer „Verschlechterung des Lebensschutzes behinderten ungeborenen Lebens" geführt habe,

Schwangerschaftsspätabbrüche[12] dennoch weder rechtlich noch statistisch als Abbrüche aufgrund fetaler Erkrankung oder Entwicklungsstörung erfasst,[13] so dass von vornherein eine ethische Reflexion über (Spät-)Abbrüche aufgrund embryopathischen Befundes verhindert wird.[14]

Das zweite Tabu betrifft den Umgang mit sehr unreifen Frühgeborenen,[15] die der 5. Strafsenat des *Bundesgerichtshofs* Ende der 1950er Jahre als „ausgestoßene Wesen" bezeichnet hat. Der *Bundesgerichtshof* wollte damals nur diejenigen Frühgeborenen als Menschen anerkennen, die „unabhängig vom Leben der Mutter in menschlicher Weise" leben. Allerdings hat er offen gelassen, bis „zu welchem Zeitpunkt in der Entwicklung des keimenden Lebens immer nur von einer Frucht und niemals von einem Menschen gesprochen werden" könne.[16] Überlebt das Kind im späten Stadium den rechtmäßig vorgenommenen Schwangerschaftsabbruch, dann werden die mit der Existenz des Kindes verbundenen Unterhaltskos-

---

zumal teilweise leichtfertig eine „schwerwiegende" Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes angenommen werde (so etwa in dem sog. Zittauer Fall, dazu *Mattisseck-Neef* (Anm. 1), S. 93 ff.).

[12] Zu dem Tabu gehört auch, dass wir keinen einheitlichen Sprachgebrauch haben: Unter einem **Spätabbruch** (in der Politik und in den Medien ist häufig auch von „Spätabtreibungen" die Rede) wird teilweise jeder Abbruch nach der 12. Woche p.c. verstanden (so etwa *Annegret Braun*, Der Wunsch nach dem perfekten Kind, Deutsches Ärzteblatt 103 (2006), Heft 40, A-2612), während wohl überwiegend Schwangerschaftsabbrüche nach der 22. Woche p.c. bzw. bei extrauteriner Lebensfähigkeit des Ungeborenen gemeint sind; so *Mattisseck-Neef* (Anm. 1), S. 154; *Knut Wiebe*, Anmerkung zu AG Oldenburg, ZfL 2004, S. 118. Vgl. weiter *Neidert*, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 2008, S. 844.

[13] Im Jahr 2005 fanden bundesweit etwa 2.200 Schwangerschaftsabbrüche nach Ablauf der 12-Wochen-Frist des § 218a I StGB statt; eine statistische Erfassung der embryopathisch bedingten Schwangerschaftsabbrüche findet seit 1995 nicht mehr statt (die Zahl der Abbrüche nach der 22. Woche p.c. soll bei ca. 200 pro Jahr liegen). Dazu *Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Datenreport 2006, Zahlen und Fakten über die Bundesrepublik Deutschland, Teil I, 2006, S. 188. Rechtlich fallen alle Schwangerschaftsabbrüche nach der 12. Woche p.c. (außer bei kriminologischer Indikation) heute unter die medizinisch-soziale Indikation des § 218a II StGB. Kritisch auch *Neidert*, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 2008, S. 846: „In der amtlichen Statistik werden bisher weder Fetozide noch fötale Reduktionen ausgewiesen, obwohl es sich um zu erhebende ‚Arten des Eingriffs' handelt (§ 16 Abs. 1 Nr. 5 Schwangerschaftskonfliktgesetz). Die verfassungsrechtlich angemahnte Transparenz erfordert […] dringend die Ermittlung der Zahlen zu diesen beiden Fallgruppen später Abbrüche."

[14] Kritisch äußerte sich auch schon früh die *Bundesärztekammer (BÄK)*, Erklärung zum Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik, Deutsches Ärzteblatt 95 (1998), Heft 47, A-3013 ff. (= MedR 1999, S. 31 ff.). Vgl. weiter *Mattisseck-Neef* (Anm. 1), S. 101 ff., 118 ff.

[15] Zur Problematik auch *Reinhard Merkel*, Früheuthanasie, Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin, 2001, S. 108: „Nun besteht das beklemmende Problem aber darin, daß auch solche extrem unreifen und nicht überlebensfähigen Neugeborenen keineswegs immer schnell, sondern oft über Stunden hinweg einen im wahren Wortsinn erbärmlichen Tod durch Ersticken sterben."

[16] BGHSt 10, S. 291, 292 f.

ten als Schaden begriffen, die vom „behandelnden" Arzt zu ersetzen sind.[17] Der Arzt ist in dieser Situation in dem Konflikt, dass er einerseits (strafrechtlich) verpflichtet ist, das nicht willkommene und meist schwer behinderte Frühgeborene am Leben zu erhalten,[18] jedoch andererseits das Überleben des Kindes zivilrechtlich einen Haftungsgrund darstellt.[19]

Um diesen Konflikt zu vermeiden, wird in der medizinischen Praxis im späten Stadium der Schwangerschaft häufig eine Methode angewandt, mit der sich das Ziel der medizinischen Indikation bei embryopathischem Befund, das nicht in der Beendigung der Schwangerschaft,[20] sondern in der Tötung des ungeborenen Lebens zu sehen ist,[21] ohne rechtliche Konsequenzen verwirklichen lässt: Gemeint ist der sogenannte Fetozid[22], mit dessen Hilfe das Risiko, dass das Ungeborene durch das Überleben des Schwangerschaftsabbruchs die Menschseinsqualität des geltenden Strafrechts überhaupt erst erlangt, vermieden werden kann.[23] Nach derzeitiger Rechtslage ist eine gezielte Tötung des Ungeborenen durch Fetozid nach § 218a II StGB auch noch in einem Entwicklungsstadium erlaubt, bei dem

---

17 Kritisch dazu *Adrian Schmidt-Recla*, Schwangerschaftsbetreuung und Haftungsrecht, Die Folgen der „Kind als Schaden"-Rechtsprechung für den Behandlungsvertrag, in diesem Band, S. 81, 86 ff.

18 Vgl. zur Problematik *Mattisseck-Neef* (Anm. 1), S. 92 ff., 110 ff., 223 ff., 227 unter Bezugnahme auf den Zittauer und den Oldenburger Fall (siehe auch nachfolgende Anm.).

19 Dieser Konflikt bestand auch im Fall Tim, der 1997 in der Städtischen Frauenklinik Oldenburg in der 26. Schwangerschaftswoche p.c. den Abbruch überlebte und zunächst einige Stunden unversorgt liegen blieb; AG Oldenburg ZfL 2004, S. 117 f. mit Anmerkung *Wiebe*. Vgl. weiter LG Görlitz ZfL 2003, S. 87, 94 ff.

20 Da die Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Schwangerschaft regelmäßig nicht in der Bedrohung des mütterlichen Organismus durch das ungeborene Kind liegt, sondern sich auf den Zeitraum nach der Geburt bezieht (das „Haben" eines behinderten Kindes soll verhindert werden), scheidet die für die klassische medizinische Indikation vorgesehene Option, möglichst das Leben von werdender Mutter und ungeborenem Kind zu retten, von vornherein aus. Zu dieser Problematik *Schumann/Schmidt-Recla*, MedR 1998, S. 501.

21 Kritisch daher auch *Hepp*, Der Gynäkologe 2006, S. 867: „Bei der embryopathisch bewirkten medizinischen Indikation ist nicht das Ziel, die Mutter aufgrund einer unmittelbaren medizinischen Bedrohung ihrer Gesundheit von der Last der Schwangerschaft, sondern eine in der Regel gesunde Mutter für die Phase *nach* der Geburt von der Last des geschädigten und/oder behinderten Kindes zu befreien. Auf den Tod des Kindes kann nicht verzichtet werden, will man das inhaltliche Ziel (Unzumutbarkeit) erreichen. Dieses Ziel könnte man praktisch auch durch die Tötung des Kindes nach der Geburt erreichen; dies würde jedoch strafrechtlich verfolgt".

22 Im Gegensatz zur Prostaglandinmethode, bei der durch Verabreichung eines wehenauslösenden Mittels eine (Fehl-)Geburt herbeigeführt wird, die das Kind aufgrund seiner Unreife nicht überlebt, wird mit dem Begriff des Fetozids eine Methode verbunden, bei der der Fetus zunächst getötet wird und erst danach Maßnahmen zur Einleitung der (Tot-)Geburt ergriffen werden; dazu *Mattisseck-Neef* (Anm. 1), S. 159 ff. (vgl. auch S. 171: Fetozid als „Tabuthema"). In der Regel wird der Fetozid durch intrakardiale Injektion von Kaliumchlorid herbeigeführt; dazu *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 95 (1998), Heft 47, A-3013 (= MedR 1999, S. 32 f.).

23 *Riha* (Anm. 10), S. 63 spricht sogar von einem Zwang zum Fetozid.

für das Kind außerhalb des Mutterleibes bereits der volle strafrechtliche Schutz des Menschen bestünde.[24]

Bestandteil des Tabus ist aber auch, dass sich der Gesetzgeber seit mehr als zehn Jahren weigert, die Praxis des Fetozids überhaupt zur Kenntnis zu nehmen. Auf eine parlamentarische Anfrage aus dem Jahre 1996, ob bei zu erwartender Lebensfähigkeit des Ungeborenen solche Methoden angewandt werden dürfen, die auf eine Tötung des ungeborenen Kindes noch im Mutterleib abzielen, antwortete die damalige Bundesregierung, dass das Ziel der Behandlung nur „die Beendigung der Schwangerschaft […], jedoch nicht die Tötung des Kindes sein" dürfe. Zur Methode des Fetozids heißt es in der Antwort, dass sich die Anwendung dieser Methode der Kenntnis der Bundesregierung entziehe.[25]

Trotz weiterer parlamentarischer Anfragen, der Anhörung von Sachverständigen und mehrerer Anträge aus den Reihen verschiedener Fraktionen zum Thema „Spätabbruch nach Pränataldiagnostik" in den vergangenen zehn Jahren[26] hat die

---

[24] Kritisch dazu auch *Riha* (Anm. 10), S. 50 mit Hinweis darauf, „dass bei einem lebensfähigen Kind der Aufenthaltsort keinen […] moralischen Unterschied konstituiert".

[25] BT-Drs. 13/5364, S. 13, 16.

[26] Die Chronik der Korrekturbemühungen seit Inkrafttreten des Schwangerschaftskonfliktgesetzes 1995 sieht folgendermaßen aus: Kleine Anfrage „Tötung ungeborener Kinder, staatliches Schutzkonzept, Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht" vom 27.6.1996 (Hüppe, Brudlewsky, Geis und weitere 75 Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion, BT-Drs. 13/5248); Antwort der Bundesregierung vom 29.7.1996 (BT-Drs. 13/5364); Kleine Anfrage „Spätabtreibung ungeborener Kinder, die Abtreibung überlebender Kinder, Übergang zur Früheuthanasie, staatliches Schutzkonzept, Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht" vom 9.4.1999 (Hüppe, Brudlewsky, Faust und weitere 85 Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion, BT-Drs. 14/749); Antwort der Bundesregierung vom 10.5.1999 (BT-Drs. 14/1045); Antrag „Vermeidung von Spätabtreibungen – Hilfen für Eltern und Kinder" vom 3.7.2001 (Böhmer, Bosbach, Eichhorn und weitere 26 Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion, BT-Drs. 14/6635); Antrag „Rechtsanspruch auf Beratung im Mutterpass zusätzlich festschreiben" vom 14.5.2002 (Riemann-Hanewinckel, Bartels, Brandt-Elsweier und weitere 19 Mitglieder der SPD-Fraktion sowie drei Abgeordnete der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 14/9030); Beschlussempfehlung und Bericht vom 18.6.2002, Antwort auf die Anträge der BT-Drs. 14/6635 und 14/9030, Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (13. Ausschuss), BT-Drs. 14/9494; Antrag „Vermeidung von Spätabtreibungen – Hilfen für Eltern und Kinder" vom 19.10.2004 (Böhmer, Bosbach, Eichhorn und weitere 36 Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion, BT-Drs. 15/3948); Antrag „Psychosoziale Beratungsangebote bei Schwangerschaftsabbrüchen nach medizinischer Indikation ausbauen" vom 10.11.2004 (Humme, Bätzing, Berg und weitere 30 Mitglieder der SPD-Fraktion sowie sieben Mitglieder der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 15/4148); „Hearing zur Vermeidung von Spätabtreibungen" im Bundestag am 15.2.2005; Antrag „Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik – Verantwortungsvolle Regelungen und Maßnahmen treffen" vom 9.3.2005 (Lenke, Addicks, Kolb und weitere 20 Mitglieder der FDP-Fraktion, BT-Drs. 15/5034); Große Anfrage „Prüfplanung der Bundesregierung aufgrund des Koalitionsvertrages in der 16. Legislaturperiode" vom 14.3.2006, Nr. 37 (Koppelin, Ackermann, Addicks und weitere 49 Mitglieder der FDP-Fraktion, BT-Drs. 16/926); Antwort der Bundesregierung vom 29.8.2006 zu Nr. 37 (BT-Drs. 16/2468); Schriftliche Fragen vom 13.7.2007 mit den in der Zeit vom 2. bis 13. Juli 2007 eingegangenen Antworten der Bundesregierung, Nr. 61, 62, 118 (BT-Drs. 16/6079); Bericht des Petitionsausschusses (2. Ausschuss) „Bitten und Beschwerden an den Deutschen Bundestag – Die Tätigkeit des Petitionsausschusses des Deutschen Bundestages im Jahr 2007" vom

Bundesregierung auch auf die letzte Anfrage vom Juli 2007, ob ihr bekannt sei, dass bei jedem dritten Abbruch nach der 23. Schwangerschaftswoche ein lebendes Kind zur Welt komme und dass diese Kinder teilweise erst nach mehreren Stunden außerhalb des Mutterleibes aufgrund nicht vorgenommener medizinischer Versorgung sterben, wieder dahingehend geantwortet, dass sie über „das jeweilige medizinische Vorgehen […] keine Kenntnis“ habe.[27]

Weitere Beispiele für die Tabuisierung bzw. Verschleierung des Themas sind etwa, dass in den §§ 218 ff. StGB – im Gegensatz zu den anderen Straftaten gegen das Leben – das geschützte Rechtsgut, das ungeborene Leben, unerwähnt bleibt, dass das Überleben des Kindes nach einem Schwangerschaftsabbruch im haftungsrechtlichen Schrifttum als „Misserfolg“ einer vertraglich bestehenden Verpflichtung gilt,[28] dass ein Neugeborenes unter 500 Gramm – auch wenn es den Abbruch kurze Zeit überlebt hat – als „Abortmaterial“[29] oder „Sondermüll“[30] eingeordnet und die Tötung eines Mehrlings zur Korrektur einer überschießenden Sterilitätstherapie als „Reduktion“ begriffen wird.[31]

Ein Anliegen der Veranstaltung und des nun vorliegenden Tagungsbandes ist es daher auch, die Sprachlosigkeit bzw. die sprachliche Verschleierung dieses Themas zu überwinden, weil das erfolgreiche Bemühen um eine Neuregelung nicht nur den Dialog zwischen den beteiligten Fachdisziplinen verlangt, sondern nur auf der Grundlage eines breiten gesellschaftlichen Konsenses möglich sein wird, der wiederum voraussetzt, dass der Diskurs in die Öffentlichkeit getragen und von der Gesellschaft in seiner vollen Tragweite erfasst wird.[32]

17.6.2008 (BT-Drs. 16/9500); am 26.11.2008 haben die Abgeordneten Kauder, Schmidt (SPD), Singhammer und weitere 190 Abgeordente der CDU/CSU-Fraktion als Gruppenantrag einen Entwurf eines *Gesetzes zur Änderung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes* in den Bundestag eingebracht (BT-Drs. 16/11106).

[27] BT-Drs. 16/6079, S. 88.

[28] *Constantin v. Kaisenberg/Walter Jonat/Hans-Jürgen Kaatsch*, Spätinterruptio und Fetozid – das Kieler Modell, Juristische und gynäkologische Überlegungen, Deutsches Ärzteblatt 102 (2005), Heft 3, A-133, 135.

[29] Etwa *v. Kaisenberg/Jonat/Kaatsch*, Deutsches Ärzteblatt 102 (2005), Heft 3, A-135.

[30] Dazu *Tade Matthias Spranger*, Der Mensch als Sondermüll – Zum Umgang mit Fehlgeburten, NVwZ 1999, S. 856 ff. mit Hinweis darauf, dass Fehlgeburten häufig als „Sondermüll“ zusammen mit Krankenhausabfällen verbrannt oder entsorgt werden (S. 858). Vgl. weiter *ders.*, Über die Zulässigkeit der Sammelkremation nach dem „Berliner Modell“, LKV 1999, S. 352 ff.

[31] Kritisch dazu *Hepp*, ZfmE 49 (2003), Heft 4, S. 348.

[32] Zu dieser Forderung auch *Hepp*, ZfmE 49 (2003), Heft 4, S. 348 f. Bedauerlicherweise tragen die Medien nur wenig zur Aufklärung bei, vgl. erst jüngst wieder *Kerstin Kullmann*, Prognose: Tod, Der Spiegel 40/2008, S. 44, 45 zum Vorschlag der Union, eine Beratungsfrist bei Spätabbrüchen durchzusetzen: „Tatsächlich würde die Union mit ihrem Gesetzentwurf regeln, was unter Medizinern längst als geregelt gilt. Ärzte, Psychologen, Hebammen aus der Praxis, fast alle sagen, dass man das Gesetz nicht brauche.“ Die Diskussionsbeiträge auf dem Workshop – gerade auch von Ärzten – vermittelten einen ganz anderen Eindruck! Ebenso auch *Wewetzer* (Anm. 4), S. 19 f.

III. Problemfelder

1. Verfassungsrecht

Obwohl der verfassungsrechtliche Schutz der Art. 1 I GG und Art. 2 II GG (Menschenwürde und Lebensrecht) für die gesamte Schwangerschaft gilt, ist bei der Abwägung der geschützten Verfassungsgüter zu berücksichtigen, dass „in der Frühphase der Schwangerschaft […] ein wirksamer Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens nur mit der Mutter, aber nicht gegen sie möglich“ ist („Zweiheit in Einheit“).[33] Dies begründet zwar – nach Auffassung des *Bundesverfassungsgerichts* – keinen abgestuften verfassungsrechtlichen Schutz des ungeborenen Lebens,[34] jedoch stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wie der Umstand der Lebensfähigkeit des Kindes außerhalb des Mutterleibes bei der verfassungsrechtlichen Güterabwägung zu berücksichtigen ist. Zu Recht weist daher auch *Ortrun Riha* darauf hin, dass „das Argument, ein Fötus sei eine Art Teil des mütterlichen Körpers, über den die Schwangere im Rahmen ihres Selbstbestimmungsrechts frei verfügen könne, […] umso schwächer [wird], je weiter die Entwicklung des Ungeborenen voranschreitet und je besser seine extrauterine Prognose wird“.[35]

Nimmt man daher das Bild des *Bundesverfassungsgerichts* von der „Zweiheit in Einheit“ auch in seinem Gegenbild ernst, dann liegt es nahe, wie *Walter Gropp*[36] schon seit längerem fordert, die entscheidende (strafrechtliche) Zäsur in der extrauterinen Lebensfähigkeit zu erblicken und den lebensfähigen Fetus wie einen Menschen zu behandeln.[37]

---

[33] BVerfGE 88, S. 203, 253, 266.

[34] So aber *Dreier*, ZRP 2002, S. 377 ff. Kritisch dazu *Rainer Beckmann*, Wachsendes Lebensrecht? – Erwiderung zu Dreier, ZRP 2003, S. 97 ff.

[35] *Riha* (Anm. 10), S. 50.

[36] So schon *Gropp*, GA 2000, S. 7 ff.; *ders.*, Strafrechtlicher Schutz des Lebens vor und nach der „Geburt“, in diesem Band, S. 19, 38 ff. Vgl. weiter *Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe* (Anm. 1), S. 11: „Die Lebensfähigkeit des Ungeborenen ist in der Regel als zeitliche Grenze für einen Schwangerschaftsabbruch anzunehmen und zu fordern“ (vgl. auch S. 39 f.).

[37] Die Idee, die extrauterine Lebensfähigkeit als maßgebliche Zäsur zwischen Leibesfrucht (als Bestandteil des Organismus der werdenden Mutter) und Menschsein – und damit als Abgrenzungskriterium zwischen Abtreibung und Kindstötung – zu begreifen, ist keineswegs neu, sondern wurde seit dem 18. Jahrhundert für die Zeit nach dem siebten Schwangerschaftsmonat (Lebensfähigkeit von „Siebenmonatskindern“) diskutiert, zumal die in Art. 131 der Constitutio Criminalis Carolina (*Straff der weiber so jre kinder tödten*) enthaltene Formulierung *tödtung des vnschuldigen kindtleins […] vor, inn oder nach der geburt* diese Interpretation zuließ. Dazu auch *Ralf Peters*, Der Schutz des neugeborenen, insbesondere des mißgebildeten Kindes, Medizin in Recht und Ethik, Bd. 18, 1988, S. 116 ff. mwN; *Tanja Drescher*, Beginn des Menschseins im Sinne der §§ 211 ff StGB nach Fortfall des § 217 StGB a.F., 2004, S. 86 ff., 101 f., 112 ff. (rechtsvergleichende Darstellung zum geltenden Recht), 153 ff. (Überlegungen de lege ferenda mit Gesetzesvorschlag). Vgl. weiter *Neidert*, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 2008, S. 843 mit Hinweis darauf, dass auch die 1935 eingeführte eugenische Indikation nicht mehr zulässig war, wenn „die Frucht schon lebensfähig“ war.

2. Strafrecht

Da das Grundgesetz den Staat verpflichtet, das ungeborene menschliche Leben – auch gegenüber seiner Mutter – zu schützen, muss der Gesetzgeber den Schwangerschaftsabbruch verbieten und der Mutter grundsätzlich die Rechtspflicht auferlegen, das Kind auszutragen. Die der werdenden Mutter zustehenden und mit dem Lebensrecht des Ungeborenen kollidierenden Grundrechtspositionen (Achtung der Menschenwürde, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Persönlichkeitsrecht) können allerdings dazu führen, dass es in Ausnahmelagen zulässig oder geboten ist, der werdenden Mutter diese Rechtspflicht nicht aufzuerlegen.[38]

Die nach der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* intendierte Rechtsgüterabwägung im Einzelfall liegt dem geltenden Strafrecht jedoch nur noch in Ansätzen zugrunde. Der strafrechtliche Schutz des menschlichen Lebens ist vielmehr ein abgestufter, an bestimmte Fristen (insbesondere 12-Wochen-Frist) und Zäsuren (wie die Geburt) geknüpfter Schutz,[39] der jedoch keineswegs – wie ein Blick in das Embryonenschutzgesetz zeigt – kontinuierlich mit zunehmender Entwicklung

---

[38] BVerfGE 88, S. 203 f. (Leitsätze 1, 3, 4, 7): „1. Das Grundgesetz verpflichtet den Staat, menschliches Leben, auch das ungeborene, zu schützen. […] 3. Rechtlicher Schutz gebührt dem Ungeborenen auch gegenüber seiner Mutter. Ein solcher Schutz ist nur möglich, wenn der Gesetzgeber ihr einen Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich verbietet und ihr damit die grundsätzliche Rechtspflicht auferlegt, das Kind auszutragen. […] 4. Der Schwangerschaftsabbruch muß für die ganze Dauer der Schwangerschaft grundsätzlich als Unrecht angesehen werden und demgemäß rechtlich verboten sein […]. […] 7. […] Die Grundrechtspositionen der Frau führen allerdings dazu, daß es in Ausnahmelagen zulässig, in manchen dieser Fälle womöglich geboten ist, eine solche Rechtspflicht nicht aufzuerlegen. Es ist Sache des Gesetzgebers, solche Ausnahmetatbestände im einzelnen nach dem Kriterium der Unzumutbarkeit zu bestimmen. Dafür müssen Belastungen gegeben sein, die ein solches Maß an Aufopferung eigener Lebenswerte verlangen, daß dies von der Frau nicht erwartet werden kann […].“

[39] *Gropp* (Anm. 36), S. 22 ff. beschreibt für das Ungeborene in utero bis zur Geburt drei Schutzstufen des geltenden Strafrechts. Ein ähnliches Schutzstufensystem findet sich bei *Neidert*, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 2008, S. 847. Vgl. aber auch BVerfGE 88, S. 203, 254 zum Schutz des ungeborenen Lebens: „Das danach verfassungsrechtlich gebotene Maß des Schutzes ist unabhängig vom Alter der Schwangerschaft. Das Grundgesetz enthält für das ungeborene Leben keine vom Ablauf bestimmter Fristen abhängige, dem Entwicklungsprozeß der Schwangerschaft folgende Abstufungen des Lebensrechts und seines Schutzes.“ Kritisch dazu *Bernhard Schlink*, Aktuelle Fragen des pränatalen Lebensschutzes, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 172, 2002, S. 9, 14 f. Nur am Rande sei erwähnt, dass sich abgestufte Schutzkonzepte auch in den anderen europäischen Rechtsordnungen finden; dazu *Gunnar Duttge*, Regelungskonzepte zur Spätabtreibung im europäischen Vergleich: Ansätze zur Lösung des Schwangerschaftskonflikts?, in: Christa Wewetzer/Thela Wernstedt (Hrsg.), Spätabbruch der Schwangerschaft, Praktische, ethische und rechtliche Aspekte eines moralischen Konflikts, 2008, S. 86, 98 ff.

menschlichen Lebens wächst.[40] Ob die strafrechtlichen Fristen und Zäsuren insgesamt (so *Ortrun Riha* aus medizinethischer Perspektive)[41] oder zumindest teilweise (so *Walter Gropp* für die Geburt)[42] in Frage zu stellen sind, wird an anderen Stellen in diesem Band diskutiert. Hier soll nur darauf hingewiesen werden, dass der strafrechtliche Schutz menschlichen Lebens bis zur Geburt vor allem von Widersprüchen geprägt ist (so im Ergebnis *Riha*, in diesem Band) und – auch dies überzeugt nur wenig – nur Fälle vorsätzlicher Tötung erfasst.[43]

Zwar ist es Sache des Gesetzgebers, die verfassungsrechtlich zulässigen Ausnahmelagen von der grundsätzlichen Pflicht zum Austragen eines Kindes zu strafrechtlichen Ausnahmetatbeständen zu fassen,[44] jedoch geht das *Bundesverfassungsgericht* davon aus, dass erstens in allen Ausnahmefällen eine für die werdende Mutter unzumutbare Konfliktlage besteht, die eine Fortsetzung der Schwangerschaft nicht erlaubt, und zweitens eine Beratung zwingende Voraussetzung für einen Schwangerschaftsabbruch ist.[45] Mit guten Gründen hat es außerdem für die Fälle, in denen die Konfliktlage durch einen embryopathischen Befund ausgelöst wird, darauf hingewiesen, dass die betroffenen Frauen keinen Anlass hätten, „die Beratung nicht mit der notwendigen Offenheit anzunehmen".[46] Weder entsprechende Forderungen von Fachverbänden wie der *Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG)* und dem Wissenschaftlichen Beirat der *Bundesärztekammer (BÄK)*[47] noch die vom *Bundesverfassungsgericht* aufgegebene Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht[48] konnten den Gesetzgeber jedoch bislang zur Einführung einer Beratung als zwingende Voraussetzung für Schwangerschaftsabbrüche nach

---

40 Zum verfassungsrechtlichen Status des Embryos in vitro und in vivo umfassend *Monika Frommel*, Ethische, verfassungsrechtliche und strafrechtliche Problematik, Reproduktionsmedizin 2002, S. 158, 169 ff.

41 *Riha* (Anm. 10), S. 47 ff.

42 *Gropp* (Anm. 36), S. 38 ff.

43 Diese Einschränkung des intrauterinen Lebensschutzes bei fahrlässigen Handlungen Dritter (also nicht der werdenden Mutter) wird in der Literatur kritisiert. Zur Problematik etwa *Drescher* (Anm. 37), S. 29 ff.

44 Zum Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Umsetzung des Schutzes vgl. BVerfGE 88, S. 203, 263 f.

45 BVerfGE 88, S. 203, 255, 257, 267 ff.

46 BVerfGE 88, S. 203, 269.

47 Dies ist eine zentrale Forderung des im Anhang, S. 115 ff. abgedruckten „Vorschlags zur Ergänzung des Schwangerschaftsabbruchsrechts aus medizinischer Indikation", der 2005 von der *Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG)* und dem Wissenschaftlichen Beirat der *Bundesärztekammer (BÄK)* erarbeitet und der Öffentlichkeit und dem Gesetzgeber unterbreitet wurde. Dazu auch *Hepp* (Anm. 6), S. 77 f. Vgl. aber auch schon *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 95 (1998), Heft 47, A-3015 f.

48 So der Auftrag des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 88, S. 203, 269) an den Gesetzgeber vor Einführung des *Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes* im Jahre 1995: „[…] freilich ist er gehalten, die Auswirkungen seines neuen Schutzkonzepts im Auge zu behalten (Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht)."

embryopathischem Befund veranlassen.[49]

Trotz der verschiedenen, auf dem Workshop lebhaft diskutierten strafrechtlichen Konzepte zur Lösung der Konfliktsituation nach embryopathischem Befund im späten Stadium der Schwangerschaft – wie etwa die Vorverlagerung des „Menschseins" (so insbesondere *Gropp*, S. 38 ff.) oder die Wiedereinführung der bis zur 22. Woche p.c. befristeten embryopathischen Indikation (*Schmidt-Recla*, S. 92 f.)[50] – waren sich alle Beteiligten, Referenten wie Diskutanten, einig, dass bessere Beratungs- und Betreuungskonzepte die Entscheidungsfindung der werdenden Mutter im Vorfeld sowohl der Pränataldiagnostik als auch des Schwangerschaftsspätabbruchs begleiten müssen und dass zum Schutz des ungeborenen Lebens eine Beratungspflicht mit einer Überlegungsfrist vor dem Schwangerschaftsabbruch gesetzlich verankert werden sollte.[51]

---

49 In Ansätzen jetzt aber der Entwurf eines *Gesetzes zur Änderung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes*, BT-Drs. 16/11106, § 2a: „Aufklärung und Beratung in besonderen Fällen (1) Sprechen nach den Ergebnissen von pränataldiagnostischen Maßnahmen dringende Gründe für die Annahme, dass die körperliche oder geistige Gesundheit des Kindes geschädigt ist, so hat der Arzt, der die Maßnahmen der Pränataldiagnostik verantwortlich durchgeführt hat, über die medizinischen und psychosozialen Aspekte, die sich aus dem Befund ergeben, zu beraten und auf den Anspruch auf weitere und vertiefende psychosoziale Beratungsmöglichkeiten durch Beratungsstellen nach § 2 hinzuweisen. Insbesondere sind der Schwangeren schriftliche Aufklärungsmaterialien nach § 1 Abs. 1a Satz 1 Nr. 2 in Verbindung mit Satz 2 auszuhändigen. (2) Sind die Voraussetzungen des § 218a Abs. 2 des Strafgesetzbuchs gegeben, so hat der Arzt, der gemäß § 218b Abs. 1 des Strafgesetzbuchs die schriftliche Feststellung trifft, ob die Voraussetzungen des § 218a Abs. 2 des Strafgesetzbuchs gegeben sind, über die medizinischen und psychischen Aspekte eines Schwangerschaftsabbruchs zu beraten und auf den Anspruch auf weitere und vertiefende psychosoziale Beratungsmöglichkeiten durch Beratungsstellen nach § 2 hinzuweisen. Insbesondere sind der Schwangeren schriftliche Aufklärungsmaterialien nach § 1 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 in Verbindung mit Satz 2 auszuhändigen. Dies ist nicht erforderlich, wenn die Schwangerschaft abgebrochen werden muss, um eine gegenwärtige erhebliche Gefahr für Leib oder Leben der Schwangeren abzuwenden. […] (4) Die Schwangere hat die Beratung und die Aushändigung der Aufklärungsmaterialien nach Absatz 1 oder Absatz 2 schriftlich zu bestätigen. Verzichtet sie auf Beratung oder Aushändigung nach Absatz 1 oder Absatz 2, so hat sie diesen Verzicht ebenfalls schriftlich zu bestätigen."

50 Zu diesen und weiteren Lösungsansätzen vgl. *Mattisseck-Neef* (Anm. 1), S. 172 ff.

51 Modellstudien zur psychosozialen Beratung der Schwangeren (und gegebenenfalls auch ihres Partners) haben ergeben, dass die befragten Frauen zu 90 % mit den Beratungen vor der Pränataldiagnostik oder nach der Diagnostik (aber vor der Entscheidung über einen Abbruch) sehr zufrieden waren, während die rein ärztliche Aufklärung als unzureichend empfunden wurde. Dazu *Anke Rohde/Ulrich Gembruch/Peter Kozlowski/Ulrich Kuhn/Christiane Woopen*, Wissenschaftliche Evaluation belegt Wirksamkeit der psychosozialen Beratung, Frauenarzt 2007, S. 832 ff., insbesondere S. 836. Eine psychosoziale Beratung (eventuell auch eine humangenetische Beratung) sollte daher auch schon *vor* der Pränataldiagnostik in stärkerem Maße als bisher angeboten werden. Vgl. weiter *Ralph Charbonnier*, Späte Schwangerschaftsabbrüche: Individual-, organisations- und sozialethische Überlegungen aus theologischer Perspektive, in: Christa Wewetzer/Thela Wernstedt (Hrsg.), Spätabbruch der Schwangerschaft, Praktische, ethische und rechtliche Aspekte eines moralischen Konflikts, 2008, S. 66, 77 ff.

3. Zivilrecht

Der Inhalt des Schwangerschaftsbetreuungsvertrags, der traditionell auf die ärztliche Begleitung der schwangeren Patientin und die Vorbereitung der Geburt ausgerichtet war, hat sich durch die Fortschritte der Pränataldiagnostik stark verändert und stellt heute den betreuenden Arzt vor schwierige Entscheidungen:[52] In welchem Umfang müssen pränatale Untersuchungen angeboten werden? Kann die Pränataldiagnostik noch individuell abgestimmt werden, wenn eine spätere Haftung für das „geschädigte" Kind wegen eines unterlassenen Schwangerschaftsabbruchs droht?[53] Sind „Patienten" des Schwangerschaftsbetreuungsvertrags nur die werdende Mutter oder auch das ungeborene Kind?[54] Muss die werdende Mutter vor dem späteren „Haben" eines behinderten Kindes geschützt werden und ist somit Inhalt jedes Schwangerschaftsbetreuungsvertrags – wie der *Bundesgerichtshof* annimmt – auch das Vermeiden der Geburt eines behinderten Kindes?[55] Gebietet der verfassungsrechtliche Schutz des Ungeborenen nicht vielmehr einen eher zurückhaltenden Einsatz der Pränatalmedizin in dem Sinne, dass diese im Hin-

---

52 Zu dieser Problematik *Schmidt-Recla* (Anm. 17), S. 85 f. Zur Problematik auch schon vor mehr als zehn Jahren *Hermann Hepp*, Pränatalmedizin – Anspruch auf ein gesundes Kind?, Januskopf medizinischen Fortschritts, in: Jahres- und Tagungsbericht der Görresgesellschaft 1997, S. 75 ff.

53 Kritisch zur „Kind als Schaden"-Rechtsprechung und zu den Auswirkungen der drohenden zivilrechtlichen Haftung auf das Verhältnis zwischen schwangerer Patientin und betreuendem Arzt *Schmidt-Recla* (Anm. 17), S. 86 ff. Die *Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe* (Anm. 1), S. 32 ff. (insbesondere S. 36) fordert daher die Begrenzung der ärztlichen Haftung für Unterhaltsleistungen für ein vorgeschädigt geborenes Kind bei Diagnoseirrtum auf Fälle grober Fahrlässigkeit. Zu befürchten ist außerdem, dass in der ärztlichen Praxis im Zweifel ein Schwangerschaftsabbruch empfohlen wird, um der Gefahr einer möglichen Haftung aus dem Weg zu gehen (ebenda, S. 35). Kritisch auch *Hepp*, Der Gynäkologe 2006, S. 868.

54 Jedenfalls wird in der Pränatal- und Perinatalmedizin das Ungeborene als „Patient" betrachtet und auch beim Schwangerschaftsbetreuungsvertrag stellt sich die Frage, ob eine isolierte Betrachtung, die nur die Schwangere als Patientin begreift, sinnvoll ist. Vgl. auch *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 95 (1998), Heft 50, A-3241 zum Behandlungsvertrag zwischen der schwangeren Patientin und dem Arzt: „Dieser bezieht neben der Betreuung der Mutter die des Ungeborenen ein."

55 BGH NJW 2002, S. 2636, 2639 zum Inhalt des Schwangerschaftsbetreuungsvertrags: „War demgemäß der vertragliche Schutzzweck auch auf die Vermeidung dieser Gefahren durch das ‚Haben' des Kindes gerichtet, so erstreckt sich die aus der Vertragsverletzung resultierende Ersatzpflicht auch auf den Ausgleich der durch die Unterhaltsbelastung verursachten vermögensrechtlichen Schadenspositionen. Eine dahin gehende Bestimmung des vertraglichen Schutzumfangs, die bei derartigen Sachverhalten unter Geltung der früheren ‚embryopathischen Indikation' in der Rechtsprechung anerkannt war […], nunmehr auch für entsprechende Fallgestaltungen im Rahmen der nach der geltenden Rechtslage maßgeblichen medizinischen Indikation, entspricht im Übrigen der – oben erörterten – gesetzgeberischen Lösung, die bisher von § 218a III StGB a.F. erfassten Fallkonstellationen jetzt in die Indikation nach § 218a II StGB einzubeziehen." Kritisch dazu *Adrian Schmidt-Recla*, Pränataldiagnostik und Arztpflichten im Schwangerschaftsbetreuungsvertrag, GesR 2003, S. 138, 141 ff.

blick auf die der Diagnostik möglicherweise folgende Konfliktlage erst nach umfassender Beratung angewandt wird?[56]

Auch erscheint höchst zweifelhaft, ob die vom *Bundesgerichtshof* entwickelte „Mitleidsrechtsprechung" (Erstreckung der „Kind als Schaden"-Rechtsprechung auf die Geburt eines behinderten Kindes nach fehlerhafter oder unterlassener Pränataldiagnostik) mit dem Auftrag des Staates, „den rechtlichen Schutzanspruch des ungeborenen Lebens im allgemeinen Bewußtsein zu erhalten und zu beleben",[57] vereinbar ist, zumal ein ganz erheblicher Wertungswiderspruch zwischen den Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit des Abbruchs im Strafrecht (schwerwiegende Gefahr für die Gesundheit der Schwangeren) und dem zivilrechtlichen Anspruch für die Haftung des Arztes (Vermeidung der Unterhaltskosten für ein behindertes Kind) besteht.[58]

Darüber hinaus führt diese Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* zu dem fragwürdigen Ergebnis, dass diejenigen Eltern eines behinderten Kindes, die vor Gericht glaubhaft machen, dass sie bei rechtzeitiger Kenntnis der Behinderung die Schwangerschaft abgebrochen hätten, von der Versicherung des betreuenden Arztes entschädigt werden, während Eltern, die das Risiko der Geburt eines behinderten Kindes durch den Verzicht auf Pränataldiagnostik eingehen oder sich trotz embryopathischen Befundes bewusst für die Fortsetzung der Schwangerschaft entscheiden, keine finanzielle Unterstützung erfahren.[59]

---

[56] Die auf dem Workshop anwesenden Ärzte haben mehrfach darauf hingewiesen, dass auf die schwangere Patientin häufig ein sanfter Druck zugunsten der Pränataldiagnostik ausgeübt werde. Führt diese zu einem embryopathischen Befund, bestehe aufgrund der im Raum stehenden Haftung (u.U. auch nur wegen eines Aufklärungsfehlers) die Neigung, einen Schwangerschaftsabbruch zu empfehlen, weil nur dann Haftungsansprüche („Kind als Schaden") sicher ausgeschlossen sind.

[57] BVerfGE 88, S. 203, 204 (Leitsatz 10); dies bedeutet auch, dass „die Organe des Staates in Bund und Ländern erkennbar für den Schutz des Lebens eintreten" müssen (S. 261). Angesichts des verfassungsrechtlichen Lebensschutzes des Ungeborenen erscheint es kaum vertretbar, dass das Nichterkennen einer Fehlbildung, das Unterlassen einer pränataldiagnostischen Untersuchung oder die unzureichende Aufklärung über die Folgen einer bestimmten Behandlung oder Nichtbehandlung als für die Existenz des behinderten Kindes kausaler ärztlicher Behandlungsfehler gewertet werden.

[58] So im Grundsatz noch BGH NJW 2002, S. 886, 887: „Denn soweit ein Schwangerschaftsabbruch aus medizinischer Indikation zur Abwehr einer schwer wiegenden Gefahr für die Gesundheit der Schwangeren in Betracht kommt, erstreckt sich der Schutzumfang des Behandlungsvertrags im Allgemeinen nicht auf die Bewahrung vor belastenden Unterhaltsaufwendungen für das Kind". Vgl. weiter *Juliana Mörsdorf-Schulte*, Schutzumfang des Behandlungsvertrags bei versäumter Abtreibung, NJW 2006, S. 3105 ff. Kritisch auch *Ruth Schimmelfpeng-Schütte*, „Pränataler Hilfefonds" statt „Schadensfall Kind", MedR 2003, S. 401 ff.

[59] Zu unterstützen ist daher der Vorschlag, einen Schadensersatzanspruch in den vorliegenden Fällen auszuschließen und einen Hilfefonds für alle Eltern schwerstbehinderter Kinder einzurichten; dazu *Schimmelfpeng-Schütte*, MedR 2003, S. 401 ff. (insbesondere S. 403: „Denn der zivilrechtliche Anspruch im ‚Schadensfall Kind' erfasst keinesfalls alle Fälle pränataler ärztlicher Pflichtverletzung. So bleiben, wie schon gesagt, pränatale Beratungs- und Behandlungsfehler bei

Schließlich darf nicht übersehen werden, dass die „Kind als Schaden“-Rechtsprechung auch jenseits der Problematik des Schwangerschaftsabbruchs das ganz normale, von Fürsorge für die werdende Mutter *und* das ungeborene Kind bestimmte Verhältnis zwischen Arzt und schwangerer Patientin schwer belastet. Dies zeigt sich in aller Deutlichkeit an einem vom *Oberlandesgericht Celle* entschiedenen Fall, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Die werdende Mutter wurde mit Wehentätigkeit in der 21. Schwangerschaftswoche im Krankenhaus aufgenommen und der drohenden Frühgeburt wurde durch Legen einer Cerclage und weitere Maßnahmen therapeutisch entgegengewirkt. Nachdem das Kind trotz dieser Maßnahmen zu früh und schwer behindert geboren worden war, klagten die Eltern gegen den Arzt auf Ersatz des Unterhaltsschadens. Das *Oberlandesgericht Celle* billigte den Eltern diesen Anspruch mit der Begründung zu, dass die Patientin nicht darüber aufgeklärt worden sei, dass die Verhinderung der drohenden Frühgeburt sowohl zur Geburt eines gesunden als auch zur Frühgeburt eines dann behinderten Kindes führen könne, während bei Unterlassen der medizinisch indizierten Maßnahmen mit großer Wahrscheinlichkeit mit einer Fehlgeburt zu rechnen wäre.[60]

Urteile dieser Art führen dazu, dass das allgemeine Gebot der Lebenserhaltung immer stärker hinter Bemühungen um eine Vermeidung der Haftungsfolgen im Falle einer unerwünschten Geburt zurückgestellt wird.

4. Medizinethische Fragen

Die von *Riha* (S. 42) aufgeworfene Frage, warum die Tötung von etwa 4000 „nicht gesunden“ Feten pro Jahr unmoralischer sein soll als die Tötung von mehr als 100.000 „gesunden“ Feten innerhalb der Zwölf-Wochen-Frist,[61] führt das ethische Dilemma deutlich vor Augen. Entsprechendes gilt für die Frage, ob sich die ethi-

Müttern, die grundsätzlich keinen Schwangerschaftsabbruch vornehmen wollen, ohne Sanktion durch einen Schadensersatzanspruch.“).

[60] OLG Celle MedR 2008, S. 516, 518 („Die Kl. zu 1 hat im Rahmen ihrer Anhörung plausibel mitgeteilt, dass sie bei Kenntnis aller maßgeblichen Umstände, insbesondere bei Kenntnis des extrem hohen Missbildungsrisikos eines etwa überlebenden Frühgeborenen, in das Legen der Cerclage nicht eingewilligt hätte.“). Die Problematik der Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung für den Schaden wird im Urteil nicht ganz sauber herausgearbeitet (kritisch daher auch *Adrian Schmidt-Recla*, Anmerkung zu OLG Celle v. 2.7.2007, MedR 2008, S. 519 f.). Auch für solche Fälle sollten die Kliniken ein psychosoziales Beratungsangebot vorhalten, damit die werdende Mutter – sofern hierfür Zeit besteht – nicht nur über die medizinischen Folgen aufgeklärt wird, sondern nach umfassender Beratung ihre Entscheidung für oder gegen eine Verhinderung der drohenden Frühgeburt treffen kann.

[61] Im Jahr 2007 wurden dem Statistischen Bundesamt fast 117.000 Schwangerschaftsabbrüche gemeldet; davon beruhten fast 97 % auf der Beratungsregel und in ca. 3 % der Fälle waren medizinische oder kriminologische Indikationen die Begründung für den Abbruch; *Statistisches Bundesamt* (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch 2008, S. 249.

sche Bewertung der Zielsetzung des Schwangerschaftsabbruchs (Tötung des Ungeborenen) ändert, wenn das Kind extrauterin lebensfähig wäre.

Keine Antworten hat der Gesetzgeber bislang auch auf folgende Fragen gefunden: Unter welchen Voraussetzungen ist es ethisch vertretbar, im Anschluss an eine durch Maßnahmen der assistierten Reproduktion[62] herbeigeführte Mehrlingsschwangerschaft[63] die „Reduktion" um einen oder mehrere Embryonen oder Feten vorzunehmen? Muss eine gesundheitliche Bedrohung für die werdende Mutter durch die Mehrlingsschwangerschaft vorliegen? Genügt das Risiko einer Frühgeburt mit negativen Folgen für alle Mehrlinge, wenn dieses durch eine Reduktion abgewendet werden kann und dadurch die Chancen für die verbleibenden Feten erhöht werden können?[64] Ist ein selektiver Fetozid zulässig, wenn nur ein Mehrling erkrankt ist? Sollte schließlich eine Reduktion schon bei zu erwartender psychosozialer Belastung nach der Geburt durch die Betreuung mehrerer, möglicherweise frühgeborener Kinder erlaubt werden?[65]

Ein weiteres Problemfeld eröffnet sich im Zusammenhang mit der Frage, warum die Präimplantationsdiagnostik in Deutschland verboten ist, jedoch „Schwangerschaften auf Probe" bei genetischer Vorbelastung oder altersbedingtem Risiko zugelassen werden und nach Pränataldiagnostik und embryopathischem Befund später legal abgebrochen werden können.[66]

Wird eine risikobehaftete Schwangerschaft (Schwangerschaft auf Probe, Mehrlingsschwangerschaft) bewusst herbeigeführt und damit die Konfliktsituation von vornherein in Kauf genommen, so stellt sich vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Schutzes des Ungeborenen die Frage, ob dieser Umstand nicht

---

62 Dazu *Bundesärztekammer (BÄK)*, (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Deutsches Ärzteblatt 103 (2006), Heft 20, A-1392, 1393 f.

63 Dies ist bei etwa 25 % der so herbeigeführten Schwangerschaften der Fall; die Rate an Mehrlingen ist im Verhältnis zu normalen Schwangerschaften um das 20-fache erhöht. Dazu *Hermann Hepp*, Höhergradige Mehrlingsschwangerschaft – klinische und ethische Aspekte, Frauenarzt 2007, S. 440.

64 Zur Problematik *Lorenz Rieger/Arnd Hönig/Georg Griesinger/Johannes Dietl/Jörg B. Engel*, In-Vitro-Fertilisation, Ein ethisches Dilemma, Deutsches Ärzteblatt 104 (2007), Heft 17, A-1146 ff.

65 Dazu insgesamt *Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG), Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht (AGMedR)*, Fetozid bei Mehrlingen, Stellungnahme aus rechtlicher Sicht, in: Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (Hrsg.), Leitlinien der Gynäkologie und Geburtshilfe, Bd. 4: Medizinrecht, Qualitätssicherung, 2008, S. 61 ff. (= Frauenarzt 2007, S. 504 ff.) mit Hinweis darauf, dass keine Indikation allein wegen der Mehrlingsschwangerschaft besteht, vielmehr nach der 12. Schwangerschaftswoche p.c. die Voraussetzungen des § 218a II StGB vorliegen müssen. Vgl. weiter *Hepp*, Frauenarzt 2007, S. 440 ff.

66 Kritisch dazu *Hepp* (Anm. 6), S. 78 ff.; *ders.*, Diskussionsentwurf zu einer Richtlinie der Bundesärztekammer: Präimplantationsdiagnostik – medizinische, ethische und rechtliche Aspekte, Deutsches Ärzteblatt 97 (2000), Heft 18, A-1213 ff.; *Frommel*, Reproduktionsmedizin 2002, S. 176 ff. Vgl. weiter *Riha* (Anm. 10), S. 54 ff.; *Kurt Faßbender*, Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz – Ein Beitrag zur verfassungsrechtlichen und -dogmatischen Strukturierung der aktuellen Diskussion, NJW 2001, S. 2745 ff.; *Mattisseck-Neef* (Anm. 1), S. 139 ff.; Einbecker Empfehlungen zu Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, MedR 2005, S. 117 f.

bei der Rechtsgüterabwägung berücksichtigt werden müsste, weil anderenfalls die Gefahr besteht, dass alles, was medizinisch machbar ist, trotz der absehbaren, ethisch kaum vertretbaren Folgen dann auch realisiert wird,[67] zumal in Fällen der Mehrlingsschwangerschaft die spätere Reduktion vielleicht sogar Bestandteil eines stillschweigend vereinbarten Behandlungsplans ist.[68]

Insgesamt lässt sich somit festhalten, dass den angesprochenen Bereichen derzeit weder ethisch noch rechtlich überzeugende und in sich stimmige Lebensschutzkonzepte zugrunde liegen.[69] Auch aus diesem Grund ist zu wünschen, dass der Tagungsband den Diskussionsprozess wieder stärker in Gang bringt.

IV. Fazit und Ausblick

Die Verschleierung der Problematik durch die derzeitige Regelung des § 218a II StGB verhindert von vornherein eine ethische Reflexion über Spätabbrüche bei embryopathischem Befund. Zudem besteht die Gefahr, dass der nachvollziehbare Wunsch der Eltern nach einem gesunden Kind zum Anspruch wird, den es von der Medizin in jedem Fall zu erfüllen gilt. Trotz der beschriebenen Konflikte bietet das geltende Recht keine angemessene Grundlage für einen verantwortungsbewussten Umgang mit einem embryopathischen Befund. Da Lösungen nur individuell gesucht und gefunden werden können, ist im Interesse von werdender Mutter und ungeborenem Kind in jedem Fall eine psychosoziale Beratung vor der Entscheidung zu fordern – eine Minimalforderung, zu der sich die große Koalition trotz Selbstverpflichtung im Koalitionsvertrag nicht durchringen kann.[70]

---

[67] *Hepp*, Frauenarzt 2007, S. 444 spricht von der „Korrektur einer ‚überschießenden Sterilitätstherapie'". Außerdem prognostiziert er, dass aufgrund des seit 1.1.2004 geltenden Gesundheitssystem-Modernisierungsgesetzes, das die Kosten für die assistierte Reproduktion zu 50 % den kinderlosen Paaren auferlegt und die Zahl der von der gesetzlichen Krankenkasse übernommenen Zyklen auf drei reduziert hat, künftig mehr Frauen versuchen werden, mit möglichst wenigen Zyklen (und damit verbunden: geringen Eigenkosten) schwanger zu werden und damit bewusst das Risiko einer höhergradigen Mehrlingsschwangerschaft in Kauf nehmen.

[68] Kritisch auch *Hepp*, Der Gynäkologe 2006, S. 868 f. Da die „Mehrlingsreduktion" nicht das Thema des vorliegenden Tagungsbandes ist, soll hier nur kurz darauf hingewiesen werden, dass auch die zufällige Auswahl des am besten erreichbaren Feten ethisch und rechtlich nur schwer vertretbar ist. Durch die Zulassung der Präimplantationsdiagnostik ließen sich Schwangerschaften auf Probe verhindern und die Risiken bei Mehrlingsschwangerschaften zumindest entschärfen.

[69] Kritisch dazu insbesondere *Gunnar Duttge*, Schlusswort: Quo vadis?, in diesem Band, S. 95 ff.

[70] Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD „Gemeinsam für Deutschland. Mit Mut und Menschlichkeit." vom 11. November 2005, Ziff. 5.4. Spätabtreibungen (S. 121): „Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber im Jahr 1992 in seinem Urteil bezüglich der Gesetze zum Schwangerschaftsabbruch eine Beobachtungs- und eventuelle Nachbesserungspflicht auferlegt. Wir werden dieser Verpflichtung auch in der 16. Legislaturperiode nachkommen und wollen prüfen, ob und gegebenenfalls wie die Situation bei Spätabtreibungen verbessert werden kann."

Die Aufgabe der beteiligten Professionen besteht darin, sich den aufgezeigten Wertungswidersprüchen des geltenden Rechts zu stellen. Normative Ansprechbarkeit kann nicht verlangt werden, wenn die Normen, die ansprechen sollen, beliebig wirken. Die folgenden Beiträge können nicht alle Probleme lösen, sie regen aber zum Nachdenken an und geben Anstöße für die dringend erforderliche Neuregelung des § 218a II StGB bei embryopathischem Befund. Denn nur wenn die gesetzlichen Rahmenbedingungen stimmen, können verantwortungsbewusste Entscheidungen im Einzelfall getroffen werden.

Strafrechtlicher Schutz des Lebens vor und nach der „Geburt“

Walter Gropp

I. Ein Strafrecht von 1851 als Maßstab für die Perinatalmedizin des 21. Jahrhunderts

Drei Straftatbestände sind für den strafrechtlichen Schutz des menschlichen Lebens vor und nach der Geburt von grundlegender Bedeutung:

– § 218 StGB, die Abtreibung, seit 1976 Schwangerschaftsabbruch genannt,
– § 217 StGB a.F., die Tötung eines nichtehelichen Kindes „in oder gleich nach der Geburt", aufgehoben am 1. April 1998 durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts[1] und
– § 212 StGB, der Totschlag als Grundtatbestand der vorsätzlichen Tötungsdelikte.

Diese Normen bilden das strafrechtliche Raster für Handlungen wie

– Pränataldiagnostik mittels nichtinvasiven Ultraschalls oder invasiver Amniozentese,
– Fetozid und Spätschwangerschaftsabbruch sowie
– invasive Pränataltherapie.

Die Grundlage der pränatalen Diagnostik legte 1958 ein Team des britischen Geburtshelfers *Ian Donald* mit der sonographischen Darstellung eines ungeborenen Kindes.[2] Die Möglichkeit der Entnahme und der chromosomalen Untersuchung von im Fruchtwasser enthaltenen fetalen Zellen während des zweiten Schwangerschaftsdrittels, die „Amniozentese", wurde erstmals 1966 dargestellt.[3]

Fetozid und Spätschwangerschaftsabbruch stehen in der Diskussion, seit das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz (SFHÄndG) vom 21. August 1995[4] die embryopathische Indikation einschließlich der 22-Wochen-Frist aufgehoben und die Fälle der früheren embryopathischen Indikation der medizinisch-sozialen Indikation zugewiesen hat.

Über invasive Pränataltherapie schreiben *Alexander Strauss* und *Hermann Hepp* 1999:[5]

> *Heute stellt neben spezialisierten diagnostischen Belangen die intrauterine Therapie den Schwerpunkt endoskopischer Pränatalmedizin dar. In den 80er Jahren erwiesen sich zahlreiche Tiermodelle als Ausgangspunkt für die Übertragung verschiedener Eingriffstechniken auf den Menschen. Offene Operationen am Feten markieren das Höchstmaß an Invasivität intrauteriner Therapie.*

Frau cand. iur. *Kristina Raske* und Frau stud. iur. *Carolin Stockhausen* danke ich für ihre tatkräftige Mithilfe bei der Sammlung des Materials.

[1] Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts v. 26. Januar 1998, BGBl. I, S. 164 ff.

[2] *Ian Donald/John MacVicar/Tom Brown*, Investigation of Abdominal Masses by Pulsed Ultrasound, The Lancet 1958, S. 1188 ff.

[3] *M. W. Steele/W. R. Breg Jr.*, Chromosome Analysis of Human Amniotic-Fluid Cells, The Lancet 1966, S. 383 ff.

[4] BGBl. I, S. 1050.

[5] *Alexander Strauss/Hermann Hepp*, Invasive Pränataltherapie, Der Gynäkologe 1999, S. 821.

Im Gegensatz zu jenen epochalen Entwicklungen in der Prä- und Perinatalmedizin – 1958, 1966, 1995, 1999 – haben sich die strafbegründenden[6] und damit lebensschützenden Bestandteile der Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch und zu der 1998 im Totschlag aufgegangenen Kindestötung seit dem preußischen StGB von 1851 nicht wesentlich geändert.[7] Während die Peri- und die Pränatalmedizin im Mercedes Silberpfeil davonbrausen, holpert das Strafrecht in der Pferdedroschke hinterher. Kein Wunder, denn an so etwas wie ein Auto war 1851 noch nicht zu denken, fuhr der dreirädrige „Motorwagen“ des Karl Benz, das erste Auto der Welt, doch erst 1885 durch Mannheim.

II. Strafrechtlicher Schutz des Lebens („Leibesfrucht“/„Embryo“) vor der „Geburt“ – fragmentarisch

Vor diesem Hintergrund stößt es nicht auf Erstaunen, dass der Schutz des Lebens vor der Geburt nur höchst fragmentarisch vorhanden ist. Dies betrifft insbesondere die fahrlässige Beendigung des Lebens.

1. Fahrlässigkeit intra-/extrauterin

Die fahrlässige Beendigung menschlichen Lebens in der Embryonal- oder Fetalphase – intrauterin und erst recht extrauterin – ist nicht als Straftatbestand vertypt. Die *intrauterin* verursachte fahrlässige Tötung bleibt dabei – im Gegensatz zur sonstigen Zurechnungsdogmatik beim fahrlässigen Erfolgsdelikt[8] – selbst dann straffrei, wenn der Tod zwar erst an dem geborenen Menschen eintritt, die zum Tod führende *Einwirkung* jedoch vor der Geburt liegt.[9]

Diese Einschränkung des intrauterinen Lebensschutzes erfolgt im Interesse der Schwangeren. Sie soll nicht dafür verantwortlich gemacht werden, wenn sie aus Unachtsamkeit den Tod ihres ungeborenen Kindes verursacht.[10] Der Einwir-

---

[6] Im Unterschied zu den entkriminalisierenden Regelungen wie insbesondere dem Indikationsmodell von 1976 und dem Beratungsmodell von 1995, näher dazu *Walter Gropp*, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK-StGB), Bd. 3, 1. Aufl. 2003, vor § 218 Rn. 5, 10.

[7] Vgl. § 180 Abs. 1 prStGB 1851 („Kindsmord“) und § 181 Abs. 1, 2 prStGB 1851 („Abtreibung“) sowie *Friedrich-Christian Schroeder*, in: Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald (Hrsg.), Strafrecht BT, Teilband 1, 8. Aufl. 1995, § 2 Rn. 64 zu § 217; § 5 Rn. 9 zu § 218.

[8] Wenn der Elektriker E 1995 eine Leitung falsch verlegt, wodurch der 1997 geborene O 2007 einen tödlichen Stromschlag erleidet, dann ist E wegen fahrlässiger Tötung strafbar, obwohl O zum Zeitpunkt der Tathandlung weder geboren noch gezeugt war.

[9] Vgl. BGHSt 31, S. 348, 351 f. („Buscopan-Fall“); *Wilfried Küper*, Mensch oder Embryo? Der Anfang des „Menschseins“ nach neuem Strafrecht, GA 2001, S. 515 ff., 518.

[10] Vgl. *Küper*, GA 2001, S. 515 ff., 519; *Walter Gropp*, Der Grundsatz des absoluten Lebensschutzes und die fragmentarische Natur des Strafrechts, in: Arthur Kreuzer/Herbert Jäger/Harro Otto/Stephan Quensel/Klaus Rolinski (Hrsg.), Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck, 1999, S. 285 ff., 288.

kungszeitpunkt als maßgebliches Kriterium hat darin seinen Grund, dass die Strafbarkeit nicht davon abhängen sollte, ob der Tod des Kindes vor oder nach der Geburt eintritt.[11] Kritisch wird angemerkt, dass dieser Haftungsausschluss auch für geburtsnahes fehlerhaftes Verhalten Dritter gilt, etwa von Ärzten.[12] Selbst wenn noch so gravierende pränatale Behandlungsfehler den Tod des Kindes vor oder nach der Geburt herbeiführen: Solange kein Vorsatz gegeben ist, bleibt die Tötung als solche ohne strafrechtliche Folgen.

Das Fehlen eines strafrechtlichen Schutzes des *extracorporalen* Embryos gegen fahrlässige Abtötung beruht darauf, dass das Embryonenschutzgesetz vom 13. Dezember 1990[13] eine fahrlässige Embryonenschädigung oder -tötung nicht kennt.

2. Der Schutz des ungeborenen Menschen in utero gegen eine vorsätzliche Tötung

Soweit *intrauterin* existierendes menschliches Leben betroffen ist, tritt der fragmentarische Schutz durch das Strafrecht, dem Zeitablauf entsprechend, gestuft und gradualisiert in Erscheinung.[14]

a. Kein Schutz in der Pränidationsphase, § 218 Abs. 1 S. 2 StGB

Die Straffreiheit in der Pränidationsphase beschreibt § 218 Abs. 1 S. 2 StGB materiell in der Weise, dass Handlungen, deren Wirkung vor Abschluss der Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter eintritt, nicht als Schwangerschaftsabbruch im Sinne dieses Gesetzes „gelten". Der sachliche Grund hierfür wird üblicherweise darin gesehen, dass die Pränidationsphase weder subjektiv erfahrbar noch objektiv registrierbar sei.[15] Damit wird der Mangel an *Schutzfähigkeit* als Begründung für die Tatbestandslosigkeit von Tötungshandlungen in der Frühphase herangezogen.[16] So ganz mag dies jedoch nicht zu überzeugen, denn jenen Beweisschwierigkeiten könnte man zumindest dadurch zuvorkommen, dass man die Verbreitung nidationsverhindernder Mittel, wie etwa die „Pille danach" oder das Setzen eines Intrauterinpessars, als Gefährdungshandlungen unter Strafe stellt.[17] Vermutlich standen einem Verbot der Verbreitung nidationsverhindernder Mittel

---

[11] BGHSt 31, S. 348, 352; näher *Eva Schumann/Adrian Schmidt-Recla*, Die Abschaffung der embryopathischen Indikation – eine ernsthafte Gefahr für den Frauenarzt?, MedR 1998, S. 497 ff., 497 rechts f.

[12] Vgl. *Küper*, GA 2001, S. 515 ff., 520.

[13] Gesetz zum Schutz von Embryonen (ESchG) v. 13. Dezember 1990, BGBl. I, S. 2746.

[14] Vgl. *Horst Dreier*, Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes, ZRP 2002, S. 377 ff., 378 sowie *Gropp* (Anm. 10), S. 290 ff.

[15] Vgl. *Walter Gropp*, Der straflose Schwangerschaftsabbruch, 1981, S. 50 ff. mwN.

[16] *Albin Eser*, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Aufl. 2006, vor § 218 Rn. 35.

[17] Vgl. *Gropp* (Anm. 10), S. 291 sowie *Dreier*, ZRP 2002, S. 377 ff., 379.

damit letztlich doch eher rechtspolitische Überlegungen entgegen. Denn mit der Propagierung von nidationsverhindernden Maßnahmen als Mittel der Geburtenplanung in Ländern der Dritten Welt ließe sich ein gleichzeitiges Verbot des Verbreitens, des Besitzens oder der Anwendung jener Mittel in Europa bzw. in Deutschland schwer vereinbaren.[18] Schließlich wären aber auch ernsthafte Zweifel an der faktischen Durchsetzbarkeit eines solchen Gefährdungstatbestandes erlaubt.

b. Erste Schutzstufe: von der Nidation bis zur 12. Schwangerschaftswoche

Der strafrechtliche Schutz des intrauterinen menschlichen Lebens beginnt auf einer ersten Stufe somit mit dem Abschluss der Nidation und reicht bis zum Ende der zwölften Woche seit der Empfängnis.

aa. Eingeschränkter Lebensschutz im Rahmen der Fristenregelung des § 218a Abs. 1 StGB

Nach § 218a Abs. 1 bleibt eine vorsätzliche Tötung in diesem Entwicklungsstadium nur dann straffrei, wenn die Schwangere nachgewiesen hat, dass sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen. Jenes Modell strebt somit „Lebensschutz durch Beratung“ an.

Unumstrittenermaßen soll § 218a Abs. 1 StGB als *Tatbestandsausschluss* zu § 218 StGB verstanden werden.[19] Der Wortlaut von § 218a Abs. 1 StGB – „der Tatbestand des § 218 ist nicht verwirklicht” – ist insoweit eindeutig. Dass diese sog. „beratenen Schwangerschaftsabbrüche“ zwar nicht tatbestandsmäßig im Sinne von § 218 StGB, aber dennoch rechtswidrig sind, ergibt sich aus der Gesetzgebungsgeschichte dieser Vorschrift. So wurde § 218a Abs. 1 StGB als Fristenregelung des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes (SFHG) vom 27. Juli 1992 gerade deshalb vom Bundesverfassungsgericht als mit Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG für unvereinbar erklärt, weil die Vorschrift beratene Schwangerschaftsabbrüche als „nicht rechtswidrig” bezeichnet hatte, ohne die Erhaltung eines überwiegenden kollidierenden Interesses der Schwangeren als Voraussetzung für eine Rechtfertigung zu formulieren bzw. zu verlangen.[20] § 218a Abs. 1 StGB in der Fassung des SFHÄndG 1995 ist somit die Reaktion des Strafgesetzgebers auf jene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

In einem gewissen Gegensatz zu seiner eigenen Einordnung beratener Schwangerschaftsabbrüche nach § 218a Abs. 1 StGB als rechtswidrig steht indes-

---

18 Vgl. Entwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs, BT-Drs. 6/3434 v. 15. Mai 1972, S. 15 f.

19 Vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder, § 218a Rn. 12; *Kristian Kühl*, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2007, § 218a Rn. 1; *Thomas Fischer*, Strafgesetzbuch, 55. Aufl. 2008, § 218a Rn. 1 ff. mwN.

20 Vgl. BVerfG v. 28.5.1993 - 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, S. 203, 208, (Nr. 1 der Entscheidungsformel); zur dogmatischen Begründung S. 273 ff., dazu näher *Gropp,* MK-StGB, § 218a Rn. 4; zum Hintergrund *Rolf Stürner*, Der straffreie Schwangerschaftsabbruch in der Gesamtrechtsordnung, 1994, S. 20 f.

sen die Forderung des Bundesverfassungsgerichts, es müsse „sichergestellt sein, dass gegen das Handeln der Frau und des Arztes von Dritten Nothilfe zu Gunsten des Ungeborenen nicht geleistet werden kann".[21] Denn dies widerspricht der Notwehr- und Nothilferegelung in § 32 StGB, die als Voraussetzung einen Angriff genügen lässt, der lediglich rechtswidrig sein muss, nicht aber straftatbestandsmäßig zu sein braucht.[22] Ebenso widersprüchlich ist die Vorgabe einer privatrechtlichen Wirksamkeit der Behandlungsverträge zwischen Schwangeren und Ärzten.[23] In Widerspruch zur Rechtswidrigkeit der beratenen Abbrüche steht schließlich das gesamte Beratungsmodell einschließlich der Regelungen über die Lohnfortzahlung und der Vorhaltung von Abbruchseinrichtungen.[24] Im Grunde bildet § 218a Abs. 1 StGB somit einen Tatbestandsausschluss, der hinsichtlich seiner Rechtsfolgen aber wie ein Rechtfertigungsgrund gehandhabt wird; eine Sachlage, bei der die Sachzwänge letztlich jede Strafrechtsdogmatik ad absurdum führen.

Die normative Kraft jenes scheinbar so harmlos daherkommenden Tatbestandsausschlusses zeigt sich vollends im Bereich des Zivilrechts. Denn kommt es trotz des Verlangens der Schwangeren nach einem Schwangerschaftsabbruch gemäß § 218a Abs. 1 StGB aufgrund eines ärztlichen Versehens dennoch zur Geburt eines Kindes, spricht der Bundesgerichtshof einen Ersatzanspruch zu, dessen Höhe sich an den Kosten für den Unterhalt des Kindes orientiert.[25] Einem effektiven Schutz des Lebens ist diese Rechtslage im Ergebnis nicht gerade zuträglich.

bb. Kein Lebensschutz im Bereich der kriminologischen Indikation, § 218a Abs. 3 StGB

Im Unterschied zu den beratenen Schwangerschaftsabbrüchen nach § 218a Abs. 1 StGB entspricht die ebenfalls bis zum Ende der 12. Schwangerschaftswoche anwendbare kriminologische Indikation zum Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 3 StGB nicht nur in der praktischen Handhabung, sondern auch hinsichtlich ihrer Struktur einem Rechtfertigungsgrund.[26] Rechtmäßig ist die Tötung des ungeborenen Kindes bis zum Ende der 12. Schwangerschaftswoche somit, wenn „nach ärztlicher Erkenntnis […] eine rechtswidrige Tat nach den §§ 176 bis 179 des Strafgesetzbuches begangen worden ist [und] dringende Gründe für die Annahme sprechen, dass die Schwangerschaft auf der Tat beruht".

Zusammengefasst lässt sich feststellen, dass das menschliche Leben intrauterin mit Abschluss der Nidation bis zum Ende der 12. Schwangerschaftswoche zwar grundsätzlich vor vorsätzlichen Tötungshandlungen geschützt ist, dass der Schutz durch die Möglichkeit des Schwangerschaftsabbruchs nach Beratung (§ 218a

---

21 BVerfGE 88, S. 279.

22 Näher *Walter Gropp*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 6 Rn. 70.

23 BVerfGE 88, S. 279.

24 Vgl. auch *Albin Eser*, Wertebewußtsein schaffen, Herder-Korrespondenz 1998, S. 178 ff., 179; *Herbert Tröndle*, Das zweite Fristenlösungsurteil des Bundesverfassungsgerichts und die Folgen, MedR 1994, S. 356 ff.

25 Vgl. *Gerda Müller*, Unterhalt für ein Kind als Schaden, NJW 2003, S. 697 ff.

26 Vgl. *Gropp*, MK-StGB, § 218a Rn. 34, 69 ff.

Abs. 1 StGB) – mit 116.636 registrierten Fällen im Jahr 2006[27] – aber eine gewichtige Einschränkung erfährt. Auch im Falle der kriminologischen Indikation tritt der Lebensschutz im Interesse der Schwangeren zurück. Allerdings kommt diesen Fällen schon rein zahlenmäßig[28] nur eine untergeordnete Bedeutung zu.

c. Zweite Schutzstufe: von der Nidation bis zur 22. Schwangerschaftswoche

aa. Einschränkung des Lebensschutzes gegenüber Eingriffen der Schwangeren – die „große“ Fristenregelung des § 218a Abs. 4 StGB

Um einen persönlichen Strafausschließungsgrund zugunsten der Schwangeren handelt es sich bei der sogenannten großen Fristenregelung des § 218a Abs. 4 StGB. Sie erlangt Bedeutung für Abbrüche zwischen der 13. und dem Ende der 22. Schwangerschaftswoche nach der Empfängnis. Kriminalpolitisch wird diese Straffreiheit damit erklärt, dass die Schwangere, die sich einer Beratung unterzieht, ungeachtet sonstiger für sie wenig durchschaubarer Rahmenbedingungen in jedem Fall straffrei bleiben soll, wenn sie den Schwangerschaftsabbruch innerhalb von 22 Wochen von einem Arzt durchführen lässt. Die Inaussichtstellung der Straffreiheit innerhalb von 22 Wochen ist damit ein Werben für die Inanspruchnahme der Beratung. Der „Pferdefuß” besteht freilich darin, dass die Schwangere einen Arzt finden muss, der abbruchsbereit ist, obwohl er sich im Falle des § 218a Abs. 4 S. 1 StGB nach § 218 StGB strafbar macht. § 218a Abs. 4 S. 1 StGB zielt daher auf Schwangerschaftsabbrüche im Ausland ab.[29] Schon diese Hürden machen deutlich, dass der 22-Wochen-Frist in § 218a Abs. 4 S. 1 StGB nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt.

bb. Bis 30.9.1995: kein Lebensschutz im Falle einer embryopathischen Indikation nach § 218a Abs. 3 StGB a.F.

Straffreiheit bis zum Ende der 22. Schwangerschaftswoche sah auch die bis zum SFHÄndG 1995 geltende embryopathische Indikation vor. Jener Rechtfertigungsgrund war für Fälle anerkannt, in denen dringende Gründe für die Annahme sprachen, dass das erwartete Kind an einer so schweren Behinderung leiden würde, dass für die Mutter die Fortsetzung der Schwangerschaft als unzumutbar erachtet wurde. Hier wurde somit allein aus der zu erwartenden schweren Behinderung auf eine rechtfertigend wirkende Unzumutbarkeit für die Schwangere geschlossen. Darin wurde jedoch ein Verstoß gegen den durch das Gesetz vom 27. Oktober 1994 in Art. 3 Abs. 3 GG neu eingefügten besonderen Gleichheitssatz gesehen, wonach niemand wegen einer Behinderung benachteiligt werden darf. Behindertenverbände äußerten, dass eine embryopathische Indikation zu dem Missver-

---

27 Vgl. Gesundheitsberichterstattung des Bundes, www.gbe-bund.de (Stand: Oktober 2008).

28 2006 wurden 28 Fälle registriert, vgl. www.gbe-bund.de (Stand: Oktober 2008).

29 Vgl. *Gropp*, MK-StGB, § 218a Rn. 79; *Eser*, in: Schönke/Schröder, § 218a Rn. 58, 70.

ständnis führen könnte, die Rechtfertigung ergäbe sich aus einer geringeren Wertschätzung des Lebens behinderter Kinder und Erwachsener oder ziehe eine solche nach sich.[30] Der Gesetzgeber entschloss sich daher, die embryopathische Indikation abzuschaffen und Fälle mit embryopathischem Hintergrund der medizinisch-sozialen Indikation zuzuschlagen – eine folgenschwere Fehlentscheidung, wie sogleich unter II. 2. d. zu zeigen sein wird.

d. Dritte Schutzstufe: von der Nidation bis unmittelbar vor der „Geburt" – kein Lebensschutz im Falle einer medizinisch-sozialen Indikation nach § 218a Abs. 2 StGB unter Einschluss embryopathischer Sachlagen

Im Rahmen der medizinisch-sozialen Indikation wird der grundsätzliche Schutz des ungeborenen Lebens gegen vorsätzliche Tötungshandlungen nur unter strengen Voraussetzungen eingeschränkt. Dann jedoch sind Tötungshandlungen bis unmittelbar vor der Geburt rechtmäßig, wenn „der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden […]".

Der klassische Anwendungsbereich der medizinisch-sozialen Indikation liegt dort, wo aus der Schwangerschaft selbst heraus die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren entsteht. Dass eine Schwangere – jedenfalls im Rahmen einer weltlichen Rechtsordnung – ein Recht haben muss, ihrem Tod zu entgehen, indem sie einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lässt, wird man – wenn auch nach einer mühsamen Debatte – als konsensfähig ansehen können.[31] Eine eher zweitrangige Frage ist es dann, wie weit man die Gefahrenschwelle für die Schwangere absenken will, um noch ein Tötungsrecht und damit eine Einschränkung des intrauterinen Lebensschutzes gegen vorsätzliche Tötungshandlungen annehmen zu können. Jener klassischen Definition entsprach die Formulierung der medizinischen Indikation in der Fassung des SFHG 1992, wonach „der Abbruch notwendig ist, um eine Gefahr für das Leben der Schwangeren oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes abzuwenden […]".[32]

Im Interesse der Einbeziehung der embryopathischen Fälle wurde die medizinische Indikation durch das SFHÄndG 1995 mittels der Ergänzung „unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren" zur medizinisch-sozialen Indikation erweitert. Damit werden dieser Indikation Fälle zugeschlagen, in denen die gegenwärtige Gefahr einer schwerwie-

---

[30] BT-Drs. 13/1850, S. 25 rechts f.

[31] Vgl. dazu *Walter Gropp*, § 218a als Rechtfertigungsgrund, GA 1988, S. 1 ff., 18 ff.

[32] Vgl. *Karl Lackner*, Strafgesetzbuch, 21. Aufl. 1995, vor § 218a Rn. 1.

genden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren nicht aus der Schwangerschaft als solcher herrührt, sondern aus dem zu erwartenden schlichten postnatalen „Haben" des unerwünschten Kindes. Führt die Vorstellung der Schwangeren, zukünftig ein behindertes Kind aufziehen zu müssen, zu Depressionen mit Suizidgefahr, wäre der Anwendungsbereich der medizinisch-sozialen Indikation eröffnet, und zwar bis unmittelbar vor der Geburt. Dass Schwangerschaftsabbrüche mit embryopathischem Hintergrund im Sinne einer Rechts*grund*verweisung[33] nur dann zulässig sind, wenn zumindest auch die Voraussetzungen der medizinisch-sozialen Indikation gegeben sind, vermag daran nichts zu ändern, denn sie liegen ja vor.

Die absurde Situation des Fetozids zur Verhinderung der Geburt eines lebensfähigen Kindes ergibt sich somit – gewissermaßen als „Kollateralschaden" – aus der Erweiterung der medizinischen Indikation zur medizinisch-sozialen im Interesse der Einbeziehung embryopathischer Sachlagen. Handelt es sich hier doch nicht selten – man denke nur an die Fälle von Trisomie 21 – um völlig intakte, auf eine ganz normale Geburt hinauslaufende Schwangerschaften, die sich nur dadurch von anderen Schwangerschaften unterscheiden, dass sie ein behindertes Kind betreffen.

Die Streichung der embryopathischen Indikation und ihr Einbau in die medizinische entpuppen sich damit in zweierlei Hinsicht als verhängnisvoll für den Schutz ungeborener behinderter Menschen:

Neben die

– Anerkennung von Gefahren für das Leben und die Gesundheit der Schwangeren, die aus dem zu erwartenden „Haben" des behinderten Kindes erwachsen, als Grundlage für einen Schwangerschaftsabbruch,

tritt die

– Aufhebung der 22-Wochen-Frist der embryopathischen Indikation in der Fassung des § 218a Abs. 2 SFHG 1992.

Hinweise auf diese Gesichtspunkte im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens[34] blieben freilich ohne Auswirkungen auf die weitere Debatte. 2006 wurden 183 Fälle registriert, in denen der Schwangerschaftsabbruch nach 23 Wochen und später erfolgte.[35]

3. Extrauterin

Dem fragmentarischen und je nach Schwangerschaftsstadium abgestuften Schutz des intrauterin existierenden menschlichen Lebens steht ein nahezu lückenloser

[33] Vgl. *Walter Gropp*, Der Embryo als Mensch: Überlegungen zum pränatalen Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, GA 2000, S. 1 ff., 2.

[34] Beitrag des Abgeordneten *Hubert Hüppe* (CDU/CSU), BT-Plenar-Prot. 13/47, S. 3777 f.; näher zur parlamentarischen Diskussion *Schumann/Schmidt-Recla*, MedR 1998, S. 497 ff., 499 f. mwN.

[35] Vgl. Gesundheitsberichterstattung des Bundes, www.gbe-bund.de (Stand: Oktober 2008).

Schutz in einem extrauterinen Frühstadium durch das ESchG gegenüber.[36] Indessen ist darin kein Wertungswiderspruch zu sehen.[37] Denn die Einschränkung des intrauterinen Lebensschutzes erklärt und legitimiert sich aus der Wahrung von entgegenstehenden Interessen der Schwangeren. Diese Interessenkollision fehlt weitgehend, wenn eine Schwangerschaft gar nicht gegeben ist. Gefahren bei Fortsetzung der Schwangerschaft, die nur durch den Abbruch der Schwangerschaft abgewendet werden können, drohen nicht, wenn keine Schwangerschaft besteht. Innerhalb des Kräftefeldes der unterschiedlichen Schutzzwecke ist es somit nicht erstaunlich, dass das Embryonenschutzgesetz in § 2 ausnahmslos jede Verwendung eines Embryos zu einem Zweck verbietet, der „nicht seiner Erhaltung" dient.

Jener umfassende Schutz vor einer „nicht der Erhaltung dienenden Verwendung", d.h. der Schutz vor Manipulationen, wird sich *in der Regel* – zumindest als Reflex – *auch* als Lebensschutz auswirken. Weil ein schlichtes, nicht zu Manipulationszwecken erfolgendes Vernichten aber nicht unter das „Verwenden" zu subsumieren ist, hindert das ESchG nicht die vorsätzliche oder fahrlässige Vernichtung extracorporaler Embryonen, etwa durch Wegschütten.

Das rigorose Manipulationsverbot des Embryonen-Schutzgesetzes ist insbesondere im Hinblick auf die Prä-Implantations-Diagnostik (PID) in die Diskussion geraten. Hier wird seit Langem geltend gemacht, dass es einen Wertungswiderspruch bedeute, wenn einerseits ein schwer geschädigter Embryo intrauterin abgetötet werden darf, auf der anderen Seite aber eine präventive PID zur Verhinderung der Einpflanzung eines geschädigten Embryos verboten sei.[38] Jedoch liegen die Bedenken gegen die PID in der Befürchtung, eine Behinderung könne die Grundlage für eine Auslese werden. Jene Gefahr einer Selektion[39] liegt bei der Prä-Implantations-Diagnostik „auf der Hand" und lässt die Erzeugung von Embryonen „auf Probe" mit der Absicht einer späteren Selektion befürchten.[40] Eine Schwangerschaft „auf Probe" – falls so etwas vorkommen sollte – „und damit der Missbrauch der Abtreibung als Mittel zur Selektion" lässt sich demgegenüber schon aus Respekt vor der Intimsphäre nicht verhindern.[41] Schließlich bleibe auch nicht unerwähnt, dass bei einer PID – in stärkerem Maße als beim embryopathisch begründeten Schwangerschaftsabbruch – im Interesse jener Auslese eine Gefährdung gerade auch nichtgeschädigter Embryonen unvermeidbar ist.

---

[36] Vgl. *Joachim Renzikowski*, Die strafrechtliche Beurteilung der Präimplantationsdiagnostik, NJW 2001, S. 2753 ff., 2754.

[37] Vgl. *Renzikowski*, NJW 2001, S. 2753 ff., 2754.

[38] Vgl. hierzu bereits *Hans Schuh*, Streit ums frühe Leben. Abtreibungspraxis und Embryonenschutz stehen in eklatantem Widerspruch zueinander, in: DIE ZEIT v. 7.1.1999 mwN.

[39] Vgl. *Felix Herzog*, Präimplantationsdiagnostik – im Zweifel für ein Verbot?, ZRP 2001, S. 393 ff., 397; *Kühl* (Anm. 19), § 218a Rn. 15.

[40] *Renzikowski*, NJW 2001, S. 2753 ff., 2757.

[41] *Renzikowski*, NJW 2001, S. 2753 ff., 2757.

Aber dennoch ist zuzugeben, dass in Fällen, in denen das Risiko einer Schädigung sehr hoch ist, die Ablehnung einer PID unter Verweis auf einen möglichen Schwangerschaftsabbruch zumindest sehr akademisch erscheint.

4. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das intrauterin existierende menschliche Leben durch das Strafrecht fragmentarisch und abgestuft geschützt wird. Die unterschiedlichen Schutzphasen und Schutzstufen lassen sich sachlich begründen. Einschränkungen des intrauterinen Lebensschutzes erfolgen im kollidierenden Interesse der Schwangeren. Deshalb besteht im Bereich des Embryonenschutzes kein Anlass, den strafrechtlichen Schutz in vitro fertilisierter Embryonen zu reduzieren. Lediglich vor der schlichten vorsätzlichen (und erst recht fahrlässigen) Abtötung extrauterin erzeugten menschlichen Lebens bietet das Embryonenschutzgesetz keinen strafrechtlichen Schutz.

III. Strafrechtlicher Schutz des Lebens („Mensch“) nach der „Geburt“

1. Grundsatz: lückenloser und unabgestufter Schutz

Der Lebensschutz geborener Menschen erfolgt grundsätzlich lückenlos. Soweit Abstufungen in den Rechtsfolgen zu konstatieren sind, liegen sie nicht in etwaigen körperlichen Entwicklungsstufen des Menschen begründet, sondern haben ihren Grund im besonderen Unrecht der Handlungstypen.

Das strafrechtliche System zum Schutz geborener Menschen lässt sich hier in wenigen Sätzen umschreiben:

a. Tötungsdelikte

Den Grundtatbestand zum Schutz des Lebens vor vorsätzlicher Tötung, das „Durchschnittstötungsdelikt“[42], bildet § 212 StGB, der *Totschlag*. Hat der Getötete seine Tötung *ernstlich verlangt*, erscheint der Verstoß gegen den Lebensschutz entsprechend der römisch-rechtlichen Formel „volenti non fit iniuria“ als weniger schwerwiegend, was eine Strafmilderung nach § 216 StGB zur Folge hat. Ungeachtet der Streitfrage, ob es sich beim Tatbestand des *Mordes* um die Beschreibung einer eigenständigen Straftat (delictum sui generis)[43] oder um eine durch bestimmte Merkmale gekennzeichnete Qualifizierung des Totschlages handelt,[44] kann § 211 StGB als die Beschreibung höchst strafwürdiger vorsätzlicher Verstöße

[42] Vgl. *Albin Eser*, Gutachten D zum 53. Deutschen Juristentag Berlin 1980, 1980, D 97.

[43] So die Rechtsprechung, vgl. die Nachweise bei *Burkhard Jähnke*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar (LK), Bd. 5, 11. Aufl. 2005, Stand: 11/2001, vor § 211 Rn. 41.

[44] So die überwiegende Meinung in der Literatur, vgl. die Nachweise bei *Jähnke*, aaO, Rn. 39 f.

gegen den Lebensschutz angesehen werden. Pönalisiert ist im Bereich vorsätzlicher Tötungen nicht nur die Vollendung, sondern auch der Versuch. Nach § 222 StGB macht sich strafbar, wer *durch Fahrlässigkeit* den Tod eines Menschen verursacht. Sonstige Tatbestände, in denen die Verursachung des Todes eines Menschen mit der Verletzung weiterer Rechtsgüter in Verbindung gebracht wird – man denke etwa an die Körperverletzung oder den Raub mit Todesfolge (§§ 227, 251 StGB) – seien hier vernachlässigt, weil sie im Hinblick auf den Lebensschutz keine weiterführenden Einblicke ermöglichen.

b. Strafbarkeit bestimmter Lebensgefährdungen

Der strafrechtliche Schutz des Lebens geborener Menschen bezieht auch Gefährdungen ein. Einen Straftatbestand, der das Leben *ausschließlich* vor einfachen vorsätzlichen[45] oder fahrlässigen *konkreten Gefährdungen* schützt, gibt es jedoch nicht. Vielmehr tritt das Strafrecht hier erst dann regulierend in Erscheinung, wenn Verhaltensweisen hinzutreten, die im gesellschaftlichen Interesse nicht toleriert werden können. So werden Lebensgefährdungen z.B. durch die Teilnahme am Straßenverkehr erst dann strafbar, wenn sie durch den Führer eines Kraftfahrzeuges hervorgerufen werden, der nicht in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen (§ 315c Abs. 1 Nr. 1 StGB).[46] Wegen einer Lebensgefährdung hilfloser Personen nach § 221 StGB kann sich nur der strafbar machen, in dessen Obhut die Betroffenen stehen. Und auch der Schutz des Lebens vor *abstrakten Gefährdungen* ist nicht ohne weiteres strafbewehrt, sondern nur im Zusammenhang mit weiteren gesellschaftlich intolerablen Verhaltensweisen (vgl. z.B. § 316 StGB).

c. Indisponibilität des Lebens: Suizid – Tötung auf Verlangen – Sterbehilfe

Dass trotz dieser Bandbreite unterschiedlicher Schutznormen das Leben geborener Menschen eine absolute und unverfügbare Größe bildet, zeigt die Diskussion im Bereich der Tötung auf Verlangen und der Sterbehilfe.

Eine Vorschrift, nach der sich strafbar macht, wer *sich selbst tötet* bzw. zu töten versucht, kennt das deutsche Strafrecht nicht. Man mag darüber streiten, ob die *Straffreiheit des (versuchten) Suizids* als Respekt des Gesetzgebers vor einer Lebensgestaltung „bis zum Tode" aufgefasst werden kann, oder ob es das Entgegenbringen von Nachsicht dem Lebensmüden gegenüber ist, was die Tatbestandslosigkeit des

---

[45] Die Strafbarkeit des Versuchs bei den Tötungsdelikten knüpft zwar an eine Gefährdung auf der Grundlage der Vorstellung des Täters an. Der Entschluss des Täters muss jedoch auf eine *Verletzung*, nicht nur auf eine Gefährdung gerichtet sein.

[46] Vgl. auch *Küper*, GA 2001, S. 515 ff., 516.

Suizids erklärt.[47] Dass die Straflosigkeit der Selbsttötung aber jedenfalls nicht als Recht zur Disposition über das eigene Leben verstanden werden darf, zeigt die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen nach § 216 StGB. Und auch im Bereich der Sterbehilfedebatte wird Straffreiheit, selbst als Folge einer Rechtfertigung, nicht mit der Disponibilität des Lebens, sondern mit dem Vorrang der Lebensqualität durch Linderung von Leiden vor einer qualvollen Lebensverlängerung abwägend begründet.[48]

2. Scheinbare Ausnahmen vom lückenlosen Lebensschutz geborener Menschen

Auch soweit das System des Lebensschutzes geborener Menschen Lücken aufzuweisen scheint, werden sie letztlich im Interesse des Lebensschutzes gemacht. Dass sich niemand ärztlich behandeln lassen muss, selbst wenn dies zu seinem Tod führt, geschieht aus Respekt vor der körperlichen Unantastbarkeit und der Bereitschaft, Leiden zu erdulden. Auch das Verbot einer ärztlichen Behandlung gegen den Willen des Patienten ist als Schutz der selbstbestimmten Lebensgestaltung zu verstehen, auf deren Vernünftigkeit es seit dem Myom-Fall[49] auch juristisch nicht mehr ankommt. Ähnlich gestaltet sich die Debatte zur Sterbehilfe. Denn auch insoweit findet die Straffreiheit der passiven Sterbehilfe[50] ihre Legitimation im Respekt vor einer selbstbestimmten[51] Lebensbeendigung.

Und nicht zuletzt wirkt auch das Recht, in Notwehr einen Menschen sogar zu töten, lebenserhaltend. Denn der Eingriff in das Leben des Angreifers geschieht gerade auch in dem Bestreben, die Geltung der Rechtsnormen zum Schutz des menschlichen Lebens, die der Angreifer infrage stellt, zu dokumentieren.

3. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der strafrechtliche Schutz des Lebens nach der Geburt im Prinzip lückenlos und unabgestuft erfolgt und Ausnahmen – soweit man sie überhaupt so bezeichnen will – nur im Interesse des individuellen Lebensschutzes zugelassen werden.

---

[47] Für Rechtmäßigkeit aufgrund der allg. Handlungsfreiheit *Wilfried Bottke*, Suizid und Strafrecht, 1982, S. 55 f.; für eine spezielle Entschuldigung *Eberhard Schmidhäuser*, Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, in: Günter Stratenwerth/Armin Kaufmann/Gerd Geilen/Hans J. Hirsch/Hans-Ludwig Schreiber/Günther Jakobs/Fritz Loos (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 815; vgl. auch *Walter Gropp*, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung, 1992, S. 202 mwN.

[48] Vgl. die Nachweise bei *Hans-Ludwig Schreiber*, Gesetzliche Regelung der Sterbehilfe?, in: Gunnar Duttge (Hrsg.), Perspektiven des Medizinrechts im 21. Jahrhundert, Göttinger Schriften zum Medizinrecht, Bd. 1, 2007, S. 97 ff., 100, 104.

[49] BGH, Urteil v. 28.11.1957 - 4 StR 525/57, BGHSt 11, S. 111.

[50] *Schreiber* (Anm. 48), S. 100 ff.

[51] *Schreiber* (Anm. 48), S. 104.

IV. Die „Geburt“ als normativer Begriff zur Trennung zwischen Bruchstückhaftigkeit (II) und Lückenlosigkeit (III)

1. Die „Geburt“ als Lebenssachverhalt

Die Unterschiede im strafrechtlichen Schutz ungeborenen und geborenen menschlichen Lebens sind beträchtlich. Im Extremfall liegt zwischen ihnen die Diskrepanz zwischen Schwangerschaftsabbruch und Mord, d.h. zwischen völliger Straffreiheit (etwa im Falle eines Spätschwangerschaftsabbruchs zur Vermeidung der unmittelbar bevorstehenden Geburt eines behinderten Kindes, § 218a Abs. 2 StGB) und lebenslanger Freiheitsstrafe (z.B. wegen der Tötung eines behinderten Menschen unmittelbar nach Beginn der Geburt, um sich die zu erwartenden erhöhten Unterhaltskosten zu ersparen, d.h. aus Habgier, § 211 Abs. 2, 1. Gruppe, 3. Variante StGB). Um zwischen jenen beiden Extremen zu unterscheiden, bedarf es eines Instrumentes mit Trennschärfe. Das Instrument, das uns das Strafrecht in § 217 StGB a.F. zur Verfügung gestellt hatte, hieß bis 1995 „in der Geburt“ im Sinne von „Beginn der Geburt“. Seit Abschaffung des § 217 StGB – und hier stimme ich *Wilfried Küper*, der sich mit dieser Materie eingehend befasst hat, uneingeschränkt zu – heißt es „Ende der Schwangerschaft“ im Sinne der §§ 218 ff. StGB.[52]

Nun hat sich die Praxis bei der Festlegung des Endes der Schwangerschaft bzw. des Beginns der Geburt bisher gut damit beholfen, dass sie auf das Einsetzen der Eröffnungswehen[53] abstellte. Dies mag praktikabel gewesen sein, solange man sich mit der Problematik der sogenannten Spätschwangerschaftsabbrüche noch nicht beschäftigen musste. Je weiter jedoch der Schwangerschaftsabbruch in Richtung Geburt verlagert wird, je dünner also die Zone zwischen Schwangerschaftsabbruch und Geburt wird, desto eher erkennt man, dass die Natur keine Sprünge macht, dass der Übergang vom Ende der Schwangerschaft zum Beginn der Geburt fließend wird. Es ist im Grunde wie beim Lebensende. Auch dort kann niemand genau sagen, zu welchem Zeit*punkt* ein Mensch stirbt. Man kann mit einiger Sicherheit sagen, dass ein Mensch noch lebt bzw. dass er verstorben ist. Das Sterben als solches ist fließend.

Nun besteht im Falle der Spätschwangerschaftsabbrüche ein zusätzliches Problem darin, dass hier nicht selten die Geburt als Einsetzen der Eröffnungswehen im Sinne eines natürlichen Vorgangs durch Handlungen ersetzt wird, die dieser Eröffnung entsprechen sollen, z.B. das Ansetzen des Skalpells, um den Uterus zum Zweck einer Schnittentbindung zu öffnen.[54] Setzt der Arzt im Endstadium der Schwangerschaft das Skalpell an, um ein Kind zu tage zu fördern, dann ver-

[52] Vgl. *Küper*, GA 2001, S. 515 ff.; so jetzt auch BGH, Beschluss v. 2.11.2007 - 2 StR 336/07, HRRS 2008 Nr. 73.

[53] Vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder, vor § 211 Rn. 13 mwN.

[54] Vgl. *Eser*, aaO, mwN.

wandelt sich zu diesem Zeitpunkt juristisch die Leibesfrucht in einen Menschen. Setzt der Arzt zum selben Zeitpunkt hingegen eine Spritze an, um mittels Fetozids die Geburt eines lebensfähigen Kindes zu verhindern, dann liegt nur ein u.U. sogar strafloser Spätschwangerschaftsabbruch vor. Dieses durchaus konstruierte Beispiel zeigt, wie wenig angemessen schon nach der lex lata das Abstellen auf die „Geburt", d.h. auf die Eröffnungswehen bzw. einen vergleichbaren künstlichen Vorgang, für die Abgrenzung zwischen einem straflosen Schwangerschaftsabbruch und einem mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohten Mord letztendlich ist. Um nicht missverstanden zu werden: Nach der lex lata haben wir keine besseren Abgrenzungskriterien zwischen Leibesfrucht und Mensch als die Begriffe der „Schwangerschaft" im Sinne der §§ 218 ff. StGB bzw. den Beginn der „Geburt" im Sinne des § 217 StGB a.F. Gerade dies sollte uns aber dazu motivieren, über bessere Lösungswege nachzudenken.

2. Die Rolle der „Geburt" im Strafrecht

a. § 217 StGB a.F. als normative Grundlage

Dass die gegenwärtige Situation im Bereich der Spätschwangerschaftsabbrüche der Intention des Gesetzgebers zuwider- und die Durchführung von Fetoziden im Spätschwangerschaftsstadium auf ein „Austricksen" der Strafnormen zum Lebensschutz hinausläuft, kann man an der ratio legis des abgeschafften § 217 StGB im Vergleich mit § 1 BGB recht deutlich erkennen. Denn während es dem BGB mit dem Anknüpfen der Rechtsfähigkeit an die Vollendung der Geburt nur um die Feststellung eines Status geht, steht im Mittelpunkt allen Strafrechts der Schutz von Rechtsgütern. Ohne Rechtsgüterschutz hat Strafrecht keine Legitimation. Die Vorverlegung des Lebensschutzes mittels Eingreifens der §§ 211 ff. StGB vom *Beginn* der Geburt an durch § 217 StGB a.F. hatte aber nun gerade den Sinn, im Zusammenhang mit jener „fundamentalen Zäsur"[55] namens „Geburt" den Schutz des potentiell lebensfähigen Menschen in einem besonders gefahrenträchtigen Stadium zu *verstärken*.[56] Weil jenes besonders gefahrenträchtige Stadium durch die Fortschritte der Pränatalmedizin inzwischen jedoch eine beträchtliche Erweiterung erfahren hat, muss sich ein modernes Strafrecht dieser Gefährdungszone annehmen und darf nicht an dem altmodischen und überholten Begriff der „Geburt" haften bleiben.

b. Pränataldiagnostik, Lebensfähigkeit und „Geburt"

An invasive intrauterine Eingriffe wie Pränataltherapie und Ähnliches war im Zusammenhang mit dem Tatbestand des Kindsmordes „in oder gleich nach der

[55] *Horst Dreier*, Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes, ZRP 2002, S. 377 ff., 379.

[56] Vgl. *Eser*, aaO; *Hartmut Schneider*, MK-StGB, Band 3, vor § 211 Rn. 8 jew. mwN zur Rechtsprechung.

Geburt“ nach § 180 Abs. 1 des preußischen StGB von 1851 selbstredend nicht zu denken. Vielmehr ging der historische Gesetzgeber davon aus, dass ungeborene Menschen durch die körperliche Unantastbarkeit der Mutter vor Zugriffen Dritter und durch die Vorschriften zum Schwangerschaftsabbruch auch vor Zugriffen der Mutter hinreichend geschützt seien. Auch Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch waren zunächst noch nicht anerkannt.

Erst in der Entscheidung RGSt 61, 242 von 1927 verneinte das Reichsgericht die Rechtswidrigkeit eines Schwangerschaftsabbruchs, um eine Suizidgefahr der Mutter abzuwenden. Freilich resultierte die Gefahr des Suizids in diesem Fall nicht wie heute aus der Furcht vor den Belastungen durch das Haben eines behinderten Kindes, und es stand auch kein Spätschwangerschaftsabbruch bevor. Die Suizidgefahr in RGSt 61, 242 beruhte vielmehr auf einer psychiatrisch diagnostizierten reaktiven Depression. Die Betroffene, die ein „Liebesverhältnis mit einem Reisenden“ unterhielt, „erlitt […] bei der erstmaligen Erwähnung der Möglichkeit der Schwangerschaft […] heftige Affektausbrüche mit nachfolgendem dumpfen Brüten und äußerte Selbstmordgedanken“.[57] 1927 erscheint es glaubhaft, dass eine ledige Frau in der Situation der Betroffenen auf jeden Fall schon das Offenbarwerden ihrer Schwangerschaft vermeiden wollte, notfalls um den Preis ihres eigenen Lebens.

Den Regelungen zum straffreien Schwangerschaftsabbruch und ihrer Geschichte kann man entnehmen, dass die Fristen zum Abbruch umso kürzer ausgestaltet sind, je mehr nur die Belastungen durch die Existenz eines Kindes den Abbruch begründen: die 12-Wochen-Frist bei der sogenannten Notlagenindikation von 1976, die 12-Wochen-Frist bei den beratenen Schwangerschaftsabbrüchen der Gegenwart, die 12-Wochen-Frist bei der kriminologischen Indikation von 1976 bis heute: Überall sollen das Haben des Kindes und die damit verbundenen Belastungen verhindert werden. Auch bei embryopathischen Sachverhalten war es die Belastung durch das Haben eines behinderten Kindes, die dessen Tötung legitimieren sollte und für eine kurze Indikationsfrist sprach. Bei der Festlegung der Frist galt es jedoch, zwischen dem Warten auf die Ergebnisse aus der Amniozentese und der Zone der Lebensfähigkeit einen Kompromiss zu finden.[58] So entstand die 22-Wochen-Frist.

Dass die medizinische Indikation keine Frist aufweist, liegt an dem Erfordernis einer aus der Schwangerschaft als solcher herrührenden Gefahr für die Schwangere, die nur durch den Schwangerschaftsabbruch abgewendet werden kann. Kann die Gefahr durch die Geburt eines lebensfähigen Kindes abgewendet werden, ist ein Schwangerschaftsabbruch nicht mehr die ultima ratio.

Wendet man den Blick von der Schwangeren zum ungeborenen Kind, so konkretisiert sich die Abwendung einer Gefahr für die Schwangere zur Tötung eines ungeborenen Menschen, der seit der Entwicklung der Ultraschalldiagnostik auch

[57] RGSt 61, S. 243.

[58] Vgl. *Gropp* (Anm. 15), S. 206.

sichtbar gemacht werden kann. Die intrauterinen Vorgänge sind nicht mehr mit einem Tabu belegt. Die Ungeborenen haben nicht selten schon einen Namen und werden falls erforderlich intrauterin ärztlich behandelt. Während sich dem ärztlichen Handeln hier ein weites Betätigungsfeld eröffnet hat, das neben Chancen auch Gefahren für die Ungeborenen mit sich bringt, tut der Gesetzgeber jedoch so, als ob gar nichts geschehen sei. Dem Schutz extracorporal befruchteter Eizellen steht die Blindheit des Gesetzgebers vor der weit reichenden Schutzlosigkeit des intrauterin heranwachsenden Menschen gegenüber. Diese Diskrepanz tritt besonders offen zutage, sobald der ungeborene Mensch lebensfähig wird.

3. Schwangerschaftsabbruch statt „Geburt"

a. Recht und Wirklichkeit

Recht ist ein mit der Wirklichkeit eng verzahntes Kulturprodukt, wobei als Wirklichkeit das verstanden werden soll, was wir Menschen als Wirklichkeit erleben. Recht baut auf Wirklichkeit auf, und die meisten Rechtsbegriffe entstammen der Wirklichkeit. Recht setzt Wirklichkeit voraus und wirkt auf sie ein, es gestaltet sie. Zwar bewertet Recht Wirklichkeit auch, aber um etwas zu bewerten, muss es zunächst zur Kenntnis genommen werden.

b. § 90a S. 1 BGB: Tiere sind keine Sachen

Bei der Erfassung von Wirklichkeit tut sich das Recht nicht immer leicht, man denke nur an jene umständliche Beschreibung eines „Eisenbahnunternehmens" durch das Reichsgericht.[59] Bleiben wir aber beim Strafrecht: Für das Strafgesetzbuch sind Tiere als solche keine Schutzobjekte. Sie werden den Sachen zugeschlagen. Wer dem Papagei der vornehmen Nachbarin so unanständige Redewendungen beibringt, dass sie ihn während des Fünfuhrtees mit ihren Freundinnen wegsperren muss, begeht eine Sachbeschädigung. Die rechtliche Einordnung von Tieren als Sachen kann aber gefährlich werden, für den Hund ebenso wie für das Herrchen: Ein Gläubiger des Herrchens könnte den wertvollen Hund pfänden lassen, wenn Herrchen seine Schulden nicht zahlt. Hier hat der Einsatz der Tierschutzverbände zu § 90a BGB geführt: „Tiere sind keine Sachen. […] Auf sie sind

[59] RG, Urteil v. 17.3.1879, RGZ 1, S. 247, 252: „Ein Unternehmen, gerichtet auf wiederholte Fortbewegung von Personen oder Sachen über nicht ganz unbedeutende Raumstrecken auf metallener Grundlage, welche durch ihre Konsistenz, Konstruktion und Glätte den Transport großer Gewichtmassen, beziehungsweise die Erzielung einer Schnelligkeit der Transportbewegung zu ermöglichen bestimmt ist, und durch diese Eigenart in Verbindung mit den außerdem zur Erzeugung der Transportbewegung benutzten Naturkräften (Dampf, Elektricität, thierischer oder menschlicher Muskelthätigkeit, bei geneigter Ebene der Bahn auch schon der eigenen Schwere der Transportgefäße und deren Ladung, u.s.w.) bei dem Betriebe des Unternehmens auf derselben eine verhältnismäßig gewaltige (je nach den Umständen nur in bezweckter Weise nützlich, oder auch Menschenleben vernichtende und die menschliche Gesundheit verletzende) Wirkung zu erzeugen fähig ist."

die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist.“ Man mag sich darüber streiten, ob § 90a BGB eingefügt worden ist, um Interessen von Tieren als solchen selbst zu schützen, oder ob es hier nur um eine Vorschrift zum Schutz der emotionalen Bindungen des Eigentümers an seine Tiere geht. Jedenfalls dient § 90a BGB zumindest mittelbar dem Tierschutz insoweit, als Maßnahmen wie z.B. Pfändungen von Tieren im häuslichen Bereich, ohne Rücksicht auf ihren Wert, nicht mehr zulässig sind. Man kann also sagen, dass der BGB-Gesetzgeber die Wirklichkeit insofern zur Kenntnis genommen hat, als Tiere heutzutage nicht mehr nur reine Nutzgegenstände sind. Sie werden vielmehr als Geschöpfe verstanden, zu denen Menschen eine emotionale Beziehung aufbauen können, was ohne ein Wohlergehen des Tieres nicht möglich ist. § 90a BGB besagt somit, dass ein Tier ein Tier ist und keine Sache und dass die Vorschriften des Sachenrechts auf Tiere nur insoweit anwendbar sind, als dies dem Verständnis von einem Tier als zu schützendem und zu respektierendem Mitgeschöpf nicht widerspricht. Was für die Tiere recht ist, sollte für die ungeborenen Menschen billig sein.

c. Ist der lebensfähige ungeborene Mensch eine „Leibesfrucht“?

aa. Die Rückständigkeit der lex lata

Indem wir den Begriff der „Schwangerschaft“ in §§ 218 ff. StGB unter Rückgriff auf § 217 StGB a.F. juristisch de lege lata als das Stadium von der Nidation bis zum Einsetzen der Eröffnungswehen verstehen,[60] und damit eine Restriktion zugunsten der §§ 211 ff. StGB allenfalls für die „besonders gefahrenträchtige Zone“ des Geburtsvorgangs vornehmen,[61] behandeln wir den ungeborenen Menschen bis eine logische Sekunde vor dem Einsetzen der Geburt juristisch wie einen Embryo nach Abschluss der Nidation. In Wirklichkeit ist dieser ungeborene Mensch aber mit Hilfe der Pränataldiagnostik sichtbar und zumindest im Spätstadium auch unabhängig von dem mütterlichen Organismus lebensfähig. Diese Wirklichkeit lässt die gegenwärtige Rechtslage völlig außer Acht. Der Fetozid, d.h. die intrauterine Abtötung lebensfähiger ungeborener, zumeist behinderter Menschen bis unmittelbar vor dem Ende der Schwangerschaft, läuft damit auf das Ausnutzen der Tatsache hinaus, dass der Strafgesetzgeber im Bereich zwischen Schwangerschaftsabbruch und Tötungsdelikten noch nicht in der heute wahrnehmbaren Wirklichkeit angekommen ist. Jüngst hat der BGH[62] ausdrücklich klargestellt, dass selbst derjenige „nur“ einen Schwangerschaftsabbruch begeht, der einen lebensfähigen Ungeborenen mit Tötungsvorsatz verletzt, wenn es zu einer Lebendgeburt kommt, „das Kind jedoch die Verletzungen, die es durch die

[60] Vgl. *Küper*, GA 2001, S. 515 ff., 533 f.
[61] *Küper*, GA 2001, S. 515 ff., 533 f.
[62] BGH HRRS 2008 Nr. 73 Rn. 19.

auf den verfrühten Abgang gerichteten Handlungen erlitten hatte, [trotz aller Rettungsversuche][63] nicht überlebt“.

Es ist zuzugeben: Der Fetozid im Bereich des medizinisch-sozial indizierten Schwangerschaftsabbruchs – auch der embryopathisch begründete – ist de lege lata nach § 218a Abs. 2 StGB nicht strafbar, er ist sogar ein rechtmäßiges Verhalten. Nur hat die lex lata mit der Wirklichkeit nichts mehr zu tun und bedarf daher dringend der Reform. Fraglich ist nur, wie eine solche Reform aussehen müsste.

bb. Reformüberlegungen

aaa. Wiedereinführung der embryopathischen Indikation

Weil die Problematik der Spätschwangerschaftsabbrüche gerade durch den Einbau der embryopathischen Indikation in die medizinisch-soziale in den Brennpunkt gerückt ist, bietet sich eine Korrektur in der Weise an, dass die embryopathische Indikation wieder als eigenständige Indikation zum Schwangerschaftsabbruch formuliert wird mit der Folge einer Befristung, etwa bis zur 20. Woche nach der Empfängnis. In diese Richtung gehen die Überlegungen von *Eva Schumann* und *Adrian Schmidt-Recla*.[64] Abhilfe könnte man so jedenfalls dann schaffen, wenn man die medizinisch-soziale Indikation wieder auf den medizinischen Kern zurückführt, indem man die Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren wegfallen lässt.

Außerdem gälte es, eine *Sperrwirkung* der embryopathischen Indikation gegenüber der medizinischen zu entwickeln, um eine Umetikettierung embryopathischer Sachlagen in medizinische zu verhindern. Es geht hier um die Fallgruppe der Suizidgefahr. Wie oben (IV. 2. b.) erwähnt hatte das Reichsgericht 1927 die auf einer reaktiven Depression der Schwangeren beruhende Suizidgefahr zum Anlass für eine Rechtfertigung des Schwangerschaftsabbruchs genommen. Um embryopathisch motivierte Schwangerschaftsabbrüche mittels der Suizidgefahr nun nicht zu medizinisch indizierten Spätabbrüchen umzuetikettieren, bietet sich ebenfalls der Weg über die Restriktion der medizinischen Indikation an: Klammert man die zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren aus, so scheidet auch eine Suizidgefahr, die aus dem zukünftigen Haben des (behinderten) Kindes resultiert, als Grundlage für eine Rechtfertigung aus. Dies erscheint sachgerecht. Denn andernfalls könnte man alle sonstigen Indikationen aushebeln, indem man der Schwangeren rät, jede Belastung durch ein Kind zum Anlass für ein Drohen mit einem Suizid zu nehmen. Gründet eine Suizidgefahr wirklich im zukünftigen Haben des (behinderten) Kindes, so gilt es nach Ablauf der 22-Wochen-Frist, die Suizidgefahr auf andere Weise abzuwenden als durch einen Schwangerschaftsabbruch. „Wenn Du mich verlässt, bringe ich mich um!“ Auch hier liegt die Lösung

63 Anm. des Verf.
64 Vgl. *Schumann/Schmidt-Recla*, MedR 1998, S. 497 ff., 504.

nicht in der Aufrechterhaltung einer Zwangspartnerschaft, sondern in der psychiatrischen Behandlung des Drohenden. Wie es das Drohen mit Suizid nicht erlaubt, ein gerade geborenes behindertes Kind im Interesse der Lebenserhaltung der Mutter zu töten, so ist in dieser Situation auch ein Spätschwangerschaftsabbruch kein angemessenes Mittel zur Verhinderung eines Suizids.

Wie erwähnt setzt der Ansatz über die Wiedereinführung der embryopathischen Indikation aber voraus, dass die medizinisch-soziale Indikation auf die enge medizinische Indikation des SFHG 1992 zurückgeführt wird.

bbb. Einschränkung der medizinischen Indikation

Der Schlüssel zur Problematik der Spätschwangerschaftsabbrüche aus embryopathischer Indikation liegt damit bei der Problematik der Spätschwangerschaftsabbrüche überhaupt.[65] Allerdings gilt es zu bedenken, dass man auch im Spätstadium einer Schwangerschaft Situationen nicht völlig wird ausschließen können, in denen nur die Abtötung des Kindes und nicht etwa das Herbeiführen einer Geburt infrage kommt. Mein Düsseldorfer Kollege *Helmut Frister* hat deswegen vorgeschlagen, Schwangerschaftsabbrüche aus medizinisch-sozialer Indikation nur dann bis zum Stadium der Lebensfähigkeit zuzulassen, wenn sie zur Abwehr von Gefahren erfolgen, „die nicht vom Zustand der Schwangerschaft selbst ausgehen".[66] D.h. sobald der ungeborene Mensch lebensfähig ist, dürfen Gefahren für die Gesundheit oder das Leben der Mutter, die nicht vom Zustand der Schwangerschaft selbst ausgehen, nach *Frister* nicht durch einen Schwangerschaftsabbruch abgewendet werden. Da eine Suizidgefahr angesichts des bevorstehenden „Habens" eines behinderten Kindes aber nicht von dem Zustand der Schwangerschaft selbst ausgeht, wären Spätschwangerschaftsabbrüche aus embryopathischen Gründen nicht mehr zulässig. Auf diese Weise kann einem Missbrauch der Strafnormen zum Lebensschutz Einhalt geboten werden, der darin besteht, dass das Kind nur deshalb gezielt im Mutterleib getötet wird, um zu verhindern, dass es durch den Abbruch der Schwangerschaft lebend zur Welt kommt.[67]

ccc. Einführung der Lebensfähigkeit Ungeborener als Kriterium für die Anwendbarkeit der allgemeinen Delikte gegen die Person

Im Rahmen meiner Gießener Antrittsvorlesung bin ich 1999 noch einen Schritt weiter gegangen und habe den Vorschlag gemacht, anstatt die medizinisch-soziale Indikation restriktiv zu interpretieren, die Geburt als Abgrenzung zwischen Schwangerschaftsabbruch und Totschlag aufzugeben und durch die Lebensfähigkeit des Ungeborenen zu ersetzen. Die Reaktionen im Schrifttum sind nicht allzu zahlreich, dafür aber überwiegend positiv. Ganz in meinem Sinne verstehe ich die

---

65 *Helmut Frister*, Spätabtreibung, Jahrbuch der Heinrich-Heine Universität 2003, S. 381 ff., 384.

66 *Frister* (Anm. 65), S. 390.

67 Vgl. auch *Frister* (Anm. 65), S. 391.

Ausführungen von *Helmut Frister*.[68] Kritische Anmerkungen von *Wilfried Küper* beziehen sich eher auf Nebenfragen. In der Hauptsache fühle ich mich daher auch von ihm unterstützt. Zu diskutieren wäre insbesondere, ob man de lege ferenda den Bereich der Anwendbarkeit der Tatbestände zum Schutze des geborenen Lebens und der körperlichen Unversehrtheit materiell an die Lebensfähigkeit anknüpfen oder hier eher formal z.B. die 22-Wochen-Frist der embryopathischen Indikation heranziehen soll.

Bei einem *materiellen* Ansatz drängt sich zunächst die Frage nach der hinreichenden *Bestimmtheit* auf. Insoweit gilt es jedoch zu bedenken, dass die Abgrenzung nicht im mikroskopischen Bereich zwischen „noch Schwangerschaft" im Sinne von § 218a StGB und „schon Geburt" im Sinne von § 217 StGB a.F. erfolgt. Der Übergang zwischen „noch nicht" und „schon" lebensfähig ist weiter. Und es sind auch nicht Zweifelsfälle, um die es hier geht, sondern es sind Fälle einer *offensichtlichen* extrauterinen Lebensfähigkeit, in denen es zum Rückgriff auf den Fetozid zwecks Umgehung der Rechtssystematik zum Lebensschutz kommt. Auch scheint der Begriff der „Spätschwangerschaft" auf Seiten der Ärzteschaft durchaus hinreichend sicher eingeordnet werden zu können. Im Zweifel muss die Lebensfähigkeit als Voraussetzung für die Anwendbarkeit der §§ 211 ff. bzw. 223 ff. StGB wie auch sonst zugunsten der Mediziner verneint werden. Unkenntnis einer nachweisbaren Lebensfähigkeit würde den Vorwurf vorsätzlichen Handelns nach § 16 Abs. 1 StGB ausschließen. Eine Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit würde den Nachweis der objektiven und individuellen Erkennbarkeit der Lebensfähigkeit voraussetzen. Ein Anknüpfen an die Lebensfähigkeit hätte schließlich den Vorteil, dass auch in späten Stadien der Schwangerschaft bei offensichtlicher Lebensunfähigkeit der Schwangeren im Rahmen der medizinischen Indikation die Qual erspart werden könnte, das Kind weiter auszutragen.

Die Abgrenzung von Schwangerschaftsabbruch und allgemeinen Tötungs- bzw. Körperverletzungsdelikten über eine Frist – etwa von 20 Wochen post conceptionem – hätte den Vorteil der Rechtsklarheit und -sicherheit für sich. Sollten nach dieser Frist Gefahren aus der Fortsetzung des intrauterinen Status des Menschen für die Mutter erwachsen, ließe sich eine Tötung über den defensiven Notstand rechtfertigen, wie dies schon de lege lata zur Kindestötung in der Geburt (sog. Perforation) anerkannt ist.[69]

Es ist zuzugeben, dass es hier eher darum geht, diese Fragen überhaupt aufzuwerfen, als sie zu beantworten. Denn dies bedarf weiterer Forschung, die auch die Konsequenzen berücksichtigen muss. Dies alles eröffnet jedoch ein völlig neues Gebiet, dessen Dimensionen ich heute noch nicht annähernd andeuten kann. Ich will daher zusammenfassend nur sehr zurückhaltend dahingehend formulieren, dass die Geburt ihre Funktion als Kriterium für die rechtliche Klassifi-

---

68 Vgl. *Frister* (Anm. 65), insbes. S. 390.

69 Vgl. *Gropp*, MK-StGB, vor § 218 Rn. 56; *Eser*, in: Schönke/Schröder, vor § 218 Rn. 41, jew. mwN.

zierung des sich entwickelnden Menschen verloren hat und die Strafrechtslehre aufgefordert ist, über neue Kriterien für die Zäsur zwischen den Rechtsbegriffen „Leibesfrucht“ und „Mensch“ nachzudenken.

Der Wunsch nach einem gesunden Kind

Medizinethische Überlegungen zur Bewertung menschlichen Lebens in frühen Entwicklungsstadien

Ortrun Riha

I. Vorbemerkung

Sich ein gesundes Kind zu wünschen, ist menschlich verständlich und per se in keiner Weise moralisch anrüchig. Ein ethisches Problem entsteht erst dann, wenn dieses berechtigte Elterninteresse mit anderen Interessen kollidiert. An erster Stelle ist hier das Lebensrecht (ggf. auch die Menschenwürde) eines „nicht (ganz) gesunden“ Kindes zu nennen – ein Recht, das im Allgemeinen als das höchste überhaupt betrachtet wird, das aber unter bestimmten, noch zu diskutierenden Umständen eine Relativierung erfährt. Der medizinische Kontext, in dem das geschieht, betrifft frühe Stadien menschlichen Lebens in Form von Präimplantationsdiagnostik, Pränataldiagnostik und Abtreibung, evtl. auch als „Früheuthanasie“ schwerstbehinderter Neugeborener. Unter den Rechtfertigungsgründen für eine Einschränkung des absoluten Lebensschutzes figuriert neben den mütterlichen bzw. elterlichen Rechten in diesem Zusammenhang das Argument der „Lebensqualität“ bzw. des „Lebenswerts“, das einer eigenen Prüfung bedarf. Das Fragenspektrum zur „Verfügbarkeit des Lebens“ ist jedoch weiter zu entfalten. Zu diskutieren ist insbesondere der „öffentliche“ Aspekt dieser vermeintlich persönlichen Güterabwägung. Dabei meine ich hier weniger die finanziellen Belastungen für die Allgemeinheit, die sowohl durch die Prävention in Form von Diagnostik und ggf. nachfolgenden Eingriffen als auch durch die Betreuung und Behandlung „nicht gesunder“ Kinder entstehen, also keine rein private Angelegenheit der Akteure sind.

Unter medizinethischem Blickwinkel liegt vor allem die Frage nach dem gesellschaftlichen „Klima“ nahe, in dem solche Entscheidungen getroffen werden. Relativ schnell wird ersichtlich, dass eine ethische Auseinandersetzung im eigentlichen Sinn, also in Form von rationalem und vor allem in sich konsistentem Abwägen von Werten, Normen oder Zielen, gar nicht geführt wird bzw. werden kann, weil es um „Gefühle“ einerseits und politische Anliegen andererseits geht. Diese behaupten ihre sozialethische Natur in der Regel lediglich, meistens bedienen sie jedoch bloß Emotionen, und die fallen beim Thema Lebensschutz heftig aus. So vermag das traditionelle, aus der Weimarer Republik stammende sozialethische Argument, es gehe bei einer Liberalisierung der Abtreibung um Frauengesundheit im Sinne von Public Health, angesichts der heutigen kontrazeptiven Möglichkeiten, vor allem aber wegen der völlig unterschätzten (verdrängten?) Risiken und Spätfolgen von Abtreibungen nicht zu überzeugen.[1]

Oder um ein weiteres Beispiel für die Macht der Emotionen zu nennen: Zum Selbstverständnis unserer pluralistischen Gesellschaft gehört die Toleranz; diese schlägt jedoch schnell in Unduldsamkeit um, sobald das Terrain der „political correctness“ verlassen wird. „Politisch korrekt“ – und damit in unserem Kontext eine intellektuelle Minderheitenposition – ist es nun, eine liberale Abtreibungsregelung zu befürworten (Stichwort: Gleichberechtigung der Frau), aber die Abtreibung kranker oder behinderter Föten abzulehnen (Stichwort: Diskriminierung). Anders formuliert: Über 100000 abgetriebene „gesunde“ Ungeborene pro Jahr sind in Ordnung, etwa 4000 abgetriebene „nicht gesunde“ Föten sind unmoralisch. Auf diese Weise wird von gebildeten und nach eigenem Selbstverständnis kritisch reflektierenden Personen substanziell Gleiches (Tötung ungeborenen Lebens) auf Grund des – reichlich unspezifischen und sehr zu hinterfragenden – Akzidens „nicht gesund“ aus durchaus redlichen emotionalen Gründen (Parteinahme für die Schwachen) völlig unterschiedlich bewertet, ohne die Inkonsistenz dabei zu sehen.

Vor diesem Hintergrund ist jeder Versuch obsolet, um die Gesamtheit des verwickelten Themengebiets „Lebensschutz am Lebensanfang“ ein irgendwie geartetes rational-ethisches Futteral zu stricken. Es gibt nur eine einzige in sich konsequente Argumentationslinie, nämlich kompromissloser Lebensschutz von Anfang an, doch diese Position wird heute nur noch von konservativen katholischen Moraltheologen vertreten; im politischen wie gesellschaftlichen Alltag ist sie untauglich, da nicht verhandelbar. Nun signalisiert der Titel dieses Tagungsbandes ein gewisses Unbehagen darüber, wie wir in Deutschland zur Zeit mit Frühphasen des menschlichen Lebens umgehen; meine Ausführungen werden sich bei der

[1] *Detlev Katzwinkel* (Hrsg.), Das Kind, das ich nie geboren habe. Was nach einer Abtreibung geschehen kann. Erfahrungsberichte, Fakten und Informationen, 2007.

Suche nach den Ursachen dafür auf eine kritische Analyse des Ist-Zustands bzw. der Mehrheitsmeinung konzentrieren.[2]

Die Situation ist im Ergebnis bekannt und durch zwei wesentliche Entwicklungen gekennzeichnet – die Etablierung eines abgestuften Lebensrechts am Beginn menschlichen Lebens und eine Erweiterung des Autonomie-Begriffs. Beginnen wir mit Letzterem:

II. Der Schlüsselbegriff „Autonomie“

Im allgemeinen Sprachgebrauch assoziiert man beim Wort „Autonomie“ zunächst die Fähigkeit, eigene Entscheidungen bzw. Entscheidungen für sich selbst zu treffen. Diese Bedeutung ist im medizinethischen Kontext jedoch von zweitrangiger Bedeutung; deswegen läuft auch der gern von skeptischen Ärzten vorgetragene Einwand „Meine Patienten sind nicht autonom, meine Patienten sind krank“ ins Leere. In der Medizinethik ist nämlich – nicht anders als in unserem Rechtssystem – mit „Autonomie“ das Selbstbestimmungsrecht jeder Person gemeint, das im modernen demokratischen Rechtespektrum als Basis einer ganzen Reihe weiterer Rechte einen zentralen Platz einnimmt. Es ist daher z.B. nur konsequent, dass die Körperautonomie der Frau eines der am schwersten wiegenden individualethischen Argumente für eine liberale Abtreibungsregelung ist.

Die Hochschätzung des Selbstbestimmungsrechts ist nun aber verbunden mit einer wachsenden Ablehnung des Schicksalhaften, die seit Goethes ‚Faust' den modernen Menschen charakterisiert; Max Frisch sprach 1957 dann vom „Homo faber“, Odo Marquard hat bereits vor 30 Jahren treffend eine Entwicklung vom Schicksal zum „Machsal“ konstatiert,[3] und die Entwicklung beschleunigt sich. Unter den natürlich trotzdem den Menschen treffenden „Schicksalsschlägen“ sind vor allem Krankheiten zu nennen, und unter diesen wiederum gelten genetisch bedingte als besonders „schicksalhaft“, da sie ohne eigenes Zutun (etwa im Sinne falschen Lebensstils oder leichtsinnigen Verhaltens) und oft unwissentlich vererbt wurden: So etwas passt nicht zum selbst bestimmten Leben, und zwar nicht nur weil ein krankes oder behindertes Kind einen größeren Betreuungsaufwand verlangt; eine derartige Störung wird sowohl als narzisstische Kränkung[4] als auch als

---

[2] Ebenfalls analytisch versteht sich die Studie von *Luc Boltanski*, Soziologie der Abtreibung. Zur Lage des fötalen Lebens, 2007. Boltanski arbeitet besonders eindrucksvoll den Konstrukt- bzw. Übereinkunftscharakter der verschiedenen Abtreibungsregelungen und ihrer Grundlagen heraus.

[3] In diese Richtung weist bereits Marquards Beitrag zum Symposium ‚Schicksal. Grenzen der Machbarkeit' (1977), grundlegend: *Odo Marquard*, Ende des Schicksals? Einige Bemerkungen über die Unvermeidlichkeit des Unverfügbaren, in: ders., Abschied vom Prinzipiellen. Philosophische Studien, 1981, S. 67-90.

[4] Viele Facetten zum Einfluss der Genetik auf das menschliche Selbstbild: *Robert F. Weir/Susan C. Lawrence/Evan Fales* (Hrsg.), Genes and human self-knowledge, 1994.

Verstoß gegen ein Grundrecht empfunden. Was Krankheiten angeht, so werden auf die Medizin unbegrenzte Heil(ung)serwartungen projiziert, aus denen heraus sich erklärt, dass von Patienten ein therapeutischer Erfolg als einklagbar und sein Ausbleiben als „Kunstfehler" betrachtet wird. Dieses vermeintliche „Recht auf Gesundheit" erweitert sich im Bereich der Schwangerenbetreuung auf das imaginierte „Recht auf ein gesundes Kind".

Der neoszientistische Glaube an Machbarkeit durch Wissenschaft hat ferner den kometenhaften Aufstieg der Genetik zur Leitwissenschaft bewirkt, wobei das Wort „Leitwissenschaft" die Zuschreibung von Problemlösungskompetenz für gesellschaftliche bzw. politische Fragen impliziert. Diese Zuschreibung beruht zum Einen auf der Vermutung unbeschränkter Eingriffsmöglichkeiten, die als „Genmanipulation" im Agrarbereich ihre dunklen Seiten haben mögen, von denen man jedoch auf medizinischem Sektor die Verwirklichung alter Menschheitsträume erwartet (Ausrottung von Krankheiten, Lebensverlängerung usw.). Zum Anderen erlebt die These von der genetischen Determination des Menschen einen noch vor 15 Jahren undenkbaren Aufschwung (dass diese das Autonomie-Ideal konterkariert, wird ausgeblendet[5]), obwohl die prognostischen Aussagen eines genetischen Befundes in der Regel nicht so sicher sind, wie meistens unterstellt. Aus beidem folgt die Motivation für Pränataldiagnostik (PND) mit nachfolgender Abtreibung: Zum „gesunden" Kind gehören „gesunde" Gene, und da man das Genom des Ungeborenen untersuchen kann, gehört dieser „Sicherheitscheck" zur selbstbestimmten Lebensplanung, da im Fall eines unerwünschten Ergebnisses das „Schicksal" abgewendet werden kann. Da dieses Vorgehen der aktuellen Interpretation von Autonomie als Menschenrecht entspricht, ist es nicht erstaunlich, dass die große Bevölkerungsmehrheit der Meinung ist, Abtreibung nach PND entspreche der Rechtslage und sei (deswegen?) moralisch einwandfrei.

Aus dem beschriebenen Verständnis von Autonomie als Grundrecht lassen sich darüber hinaus weit gehende persönliche Freiheiten ableiten, vor allem das Recht auf Selbstverwirklichung. Daran ist zunächst nichts Schlimmes (ich bin weit davon entfernt, über zunehmenden Egoismus zu lamentieren), im Gegenteil war Selbstverwirklichung lange ein erklärtes politisches Ziel und spielte bei der Definition von „sozialer Gerechtigkeit" eine tragende Rolle. Die damit verbundene anspruchsvolle Aufgabenstellung für den Einzelnen, z.B. im Sinne von Verantwortung, ist allerdings ins Hintertreffen geraten; vielmehr geht die Tendenz nunmehr eindeutig dahin, für die private Lebensgestaltung immer weniger Ge- und Verbote zu akzeptieren und immer stärker subjektiv richtige Lösungen im Sinn einer individualistisch-hedonistischen Lebenseinstellung zu reklamieren. Das ist schon etwas problematischer, aber auch das ist jedes Menschen gutes Recht – soweit nicht Dritte dadurch Schaden nehmen. In diesem Fall müsste die ethische Reflexion einsetzen: Worin besteht der Schaden, wird er (von wem) akzeptiert oder nicht

[5] *Elisabeth Hildt*, Autonomie in der biomedizinischen Ethik. Genetische Diagnostik und selbstbestimmte Lebensgestaltung, 2006.

und aus welchen Gründen? Hier sollen uns nicht Fragen, wie die der Finanzierung oder der Zukunftssicherung, interessieren, sondern die Folgen für die Abtreibungsregelung bzw. -praxis, denn diese sind erheblich. Bei allem Respekt vor dem traditionsreichen Argument der Frauenrechte, das mir als Historikerin und Gender-Forscherin selbstverständlich gut gefällt – ich halte es nur für vorgeschoben, um die politisch und gesellschaftlich tolerierte Leichtfertigkeit im Umgang mit werdendem Leben zu kaschieren. Wenn hierzulande jede siebte Schwangerschaft abgebrochen wird, dann dürfte nämlich die letztgenannte Variante des Autonomiebegriffs die adäquatere Begründung sein: Ebenso wie ein Wunschkind Teil der individuellen Selbstverwirklichung sein kann, können Kinder grundsätzlich – egal ob gesund oder krank, denn danach fragt die Fristenlösung ja nicht – eine „Belastung" darstellen und zu Einschnitten in der freien persönlichen Lebensgestaltung führen. Es bedarf also nicht einer genetischen Abweichung oder einer Fehlbildung, um ein Kind zu einem „Schaden" zu machen – das bringt beispielsweise auch die Rechtsprechung im Hinblick auf fehlgeschlagene Sterilisationen oder unzureichende kontrazeptive Maßnahmen zum Ausdruck.

Unter diesen Vorzeichen scheint mir die momentane Abtreibungspraxis mit ihrer Ungleichbehandlung von „Gesund" und „Nicht gesund" auf doppelt schwankendem Boden zu stehen, was ihre ethische und wohl auch rechtliche Fundierung angeht: Ununtersucht dürfen Ungeborene nur bis zur 12. Schwangerschaftswoche abgetrieben werden. Nach Pränataldiagnostik mit „pathologischem" Befund gibt es keine zeitliche Begrenzung mehr, und zwar deswegen, weil nach dem Wegfall der embryologischen Indikation diese Abtreibungen der „medizinischen" Indikation nach § 218a Abs. 2 StGB zugeordnet werden. Dieser allerdings unterscheidet nicht zwischen einem kranken oder gesunden Kind als Auslöser der mütterlichen Gefährdung. Ob eine entsprechende Diagnose vorliegt, ist gänzlich unerheblich, denn es ist nicht eine spezielle kindliche Eigenschaft, sondern die Schwangerschaft (z.B. in Form der Schwangerschaftstoxikose Eklampsie), die für die Mutter ein Gesundheitsrisiko darstellt und ggf. mit einem Notfalleingriff beendet werden muss; ein krankes oder behindertes Kind kann man beim besten Willen nicht als akute Gefahr für Leib und Leben der Mutter einstufen. Als Rechtfertigung kann ebenso wenig der gefährdete „psychische Gesundheitszustand" dienen, denn damit sind psychiatrische Krankheitsbilder („Gestationspsychosen", z.B. Suizidgefahr bei Depression mit typischen schwangerschaftsbezogenen Inhalten oder schwangerschaftsbezogene Wahnvorstellungen mit Selbstgefährdungspotenzial) gemeint. Ein krankes oder behindertes Kind mag unbestreitbar eine große psychische Belastung sein, aber es macht nicht – jedenfalls nicht regelhaft erwartbar – psychisch krank. Es bleibt nur ein einziges Wort, auf das man sich berufen kann: „zumutbar" (es ist wirklich nur dieses Wort, denn der Kontext „nicht auf andere für sie zumutbare Weise abwendbar" geht schon wieder in eine andere Richtung).

Das Argument erwächst durchaus folgerichtig – wenn auch in klarem Widerspruch zur Intention des Gesetzgebers und zum geschriebenen Text – aus dem soeben skizzierten erweiterten Autonomiebegriff:[6] Kein objektivierbarer Notfall zwingt zum Eingreifen, sondern es geht um eine freie Entscheidung nach den subjektiven Kriterien der werdenden Mutter darüber, was sie sich „zumuten" will oder eben nicht. Weshalb aber die „Unzumutbarkeit" über die zwölfte Schwangerschaftswoche hinaus nur bzw. speziell für „nicht gesunde" Kinder gelten soll bzw. darf, erschließt sich mir nicht, da es sich bei diesen lediglich um eine Gradabstufung der „Belastung" handelt. Man könnte (müsste?) mit dem gleichen Argument also gleich ganz auf eine Fristsetzung verzichten, denn umgekehrt gilt: Würde eine vorausgehende diagnostische Maßnahme beim Ungeborenen quasi automatisch einen Unterschied in der Bewertung als mütterliche Gefährdung konstituieren, käme dies einem Bekenntnis zur (verfassungswidrigen) gezielten Diskriminierung gleich. Ich wundere mich, dass die Behindertenverbände, auf deren großen politischen Einfluss wir noch stoßen werden, in dieser Sache schweigen.

Es ist offenkundig, dass der Gesetzestext die momentane Praxis von Abtreibungen nach Pränataldiagnostik nicht deckt.[7] Trotzdem ist das Verfolgungsinteresse der Staatsanwaltschaft gleich Null und würde im gegenteiligen Fall in der Öffentlichkeit auf völliges Unverständnis stoßen. Nun machen Abbrüche nach PND entsprechend der Seltenheit von genetisch bedingten Erkrankungen und Fehlbildungen „nur" etwa 3-4 % aller Abtreibungen aus, das sind aber auch wieder rund 3500-4000 pro Jahr, also keine „tolerierbaren Einzelfälle", sondern allemal genug, um ggf. in den Medien von einer „Hexenjagd" sprechen zu können.[8] Es ist aber wohl so, dass sich die Rechtsprechung dem Wertewandel in Form der

---

6 Provokant zugespitzt: *Jakob Cornides*, Ein „Menschenrecht auf Abtreibung"?, ZfL 2007, S. 2-14.

7 Zu Beginn war vielleicht auch tatsächlich nicht abzusehen, dass die Intentionen des Gesetzgebers derart ins Leere laufen würden. Entsprechend zurückhaltend-„konservativ" daher das Themenheft ‚Pränataldiagnostik', ZfmE 43 (1997), Heft 2, S. 101-196; *Hermann Hepp*, Medizinische und ethische Aspekte der Pränatal- und Frühgeburtsmedizin, in: Stimmen der Zeit Sept./Okt. 1996, S. 651-669; sowie die Verlautbarungen der BÄK: *Bundesärztekammer*, Erklärung zum Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik, Deutsches Ärzteblatt 95 (1998), Heft 47, A-3013-3016; *dies.*, Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen, Deutsches Ärzteblatt 95 (1998), Heft 50, A-3236-3242; *Gesellschaft für Humangenetik*, Positionspapier, ZfmE 42 (1996), Heft 4, S. 326-338. Geradezu vorausschauend: *Andrea Arz de Falco*, Töten als Anmaßung – Lebenlassen als Zumutung. Die kontroverse Diskussion um Ziele und Konsequenzen der Pränataldiagnostik, 1996. Die Schwerpunktsetzung aus ärztlicher Sicht hat sich verändert, vgl. z.B. *Ulrike Lehmkuhl* (Hrsg.), Pränataldiagnostik, Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie 56 (2007), Heft 9, S. 730-818. Die strafrechtliche Seite erläutert *Walter Gropp*, Strafrechtlicher Schutz des Lebens vor und nach der „Geburt", in diesem Band; vgl. auch *Richard Hörner*, Abtreibung und der Paragraph 218 StGB, 2005.

8 Zahlen sind per se natürlich weder ein juristisches noch ein ethisches Argument. Grundlegend bereits *John Taurek*, Should the numbers count?, Philosophy and Public Affairs 6 (1977), S. 293-316. Aktuelle Beiträge zu Zahlen bei ethischen (vor allem utilitaristischen) Überlegungen betreffs Gerechtigkeit und Rechte des Einzelnen stammen u.a. von Iwao Hirose, so z.B. *Iwao Hirose*, Aggregation and numbers, Utilitas 16 (2004), S. 62-79.

Ausdehnung des Autonomiebegriffs und der mit diesem „gesellschaftlichen Klima“ einher gehenden Privatisierung der Moral in diesem Punkt nicht entziehen kann bzw. will.[9] Außerdem dürfte nicht zum Geringsten zur Duldung beitragen, dass diese Lösung auch dadurch praktisch und frei von sozialem Konfliktstoff ist, weil die Krankenkassen bei medizinischer Indikation ohne Murren die Kosten übernehmen. Diese Normativität des Faktischen beruht jedoch noch auf einer weiteren Säule, und diese ist nicht minder wacklig.

III. Abgestuftes Lebensrecht

Prima facie erscheint die Vorstellung, es könnte ein Mehr oder Weniger an Lebensrecht (oder auch Menschenwürde)[10] im Verlauf einer menschlichen Biographie geben, ebenso inhuman wie verfassungswidrig – zumindest sofern diese Biographie mit der Geburt beginnt. Vorher aber sieht es ganz anders aus, denn unübersehbar hängt die Bewertung von Tötungshandlungen an Ungeborenen (außer von den sonstigen Kriterien der §§ 218 und 218a StGB) vor allem von der vorgeburtlichen Entwicklungsstufe ab; das Schwangerschaftsalter konstituiert also moralische Grenzen, ob uns das nun gefällt oder nicht.[11] Ein erster Einschnitt ist die Nidation der befruchteten Eizelle am 14. Tag, vorher besteht per definitionem keine Schwangerschaft, insofern ist dieses Stadium – jedenfalls im Mutterleib – vom Gesetzgeber überhaupt nicht geschützt. Im Reagenzglas sind solche Embryonen durch das Embryonenschutzgesetz privilegiert; über die Rechtfertigungsgründe für diese Sonderbehandlung werden wir noch nachdenken müssen. Die zweite Grenze ist die zwölfte Schwangerschaftswoche, der Schutz vor einer Abtreibung besteht allerdings nur in der Beratungspflicht. Eine etwas dubiose dritte Grenze liegt in der 22. Woche, jedoch ist bei einer Abtreibung zu diesem Zeitpunkt nur die Schwangere selbst strafrechtlich auf der wirklich sicheren Seite, weil man ihr einen Irrtum bezüglich des Schwangerschaftsalters zugesteht. Ansonsten muss eine „besondere Bedrängnis“ vorliegen, damit das Gericht von einer Strafe absehen „kann“; der durchführende Arzt geht also ein relativ hohes persönliches Risiko ein, zumindest wegen einer Pflichtverletzung nach § 218c StGB belangt zu werden.

---

[9] Konträr dazu: *Martin Rhonheimer*, Abtreibung und Lebensschutz. Tötungsverbot und Recht auf Leben in der politischen und medizinischen Ethik, 2004.

[10] *Ralf Stoecker* (Hrsg.), Menschenwürde. Annäherung an einen Begriff, 2003; *Michael Fischer* (Hrsg.), Der Begriff der Menschenwürde. Definition, Belastbarkeit und Grenzen, 2004.

[11] Eine knappe, aber schonungslose Darstellung der argumentativen Inkonsequenzen bei *Urban Wiesing*, Ungeborenes Leben. Widersprüchliche Regelungen, Deutsches Ärzteblatt 96 (1999), Heft 49, A-3163-3166; *Horst Dreier*, Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutzes, Zeitschrift für Biopolitik 1 (2002), Heft 2, S. 4-11 = ZRP 2002, S. 377-383. Fast schon resignierend: *Rainer Beckmann*, Zunehmendes Lebensrecht. Kaum absehbare Auswirkungen, Deutsches Ärzteblatt 98 (2001), Heft 14, A-902-904.

Bei einer Gefährdung der Mutter (§ 218a Abs. 2 StGB) gibt es kein Zeitlimit, weil im Notfall das mütterliche Leben höher bewertet wird als das des Ungeborenen. Das Ziel in einer solchen dramatischen Situation ist aber wohlgemerkt nicht dessen Tötung; sie ist nur manchmal unvermeidlich, und dadurch – das ist der ursprüngliche Sinn dieses Absatzes – sollen die Helfer nicht kriminalisiert werden. Wenn möglich, würde man in der gemeinten Situation jedenfalls immer versuchen, auch das Leben des Föten zu retten. Wie wir soeben gesehen haben, ist eine „Gefährdung" inzwischen jedoch eine Lebenssituation, die die Schwangere subjektiv für „unzumutbar" hält, insofern scheint mir der vorgeburtliche Lebensschutz insgesamt fraglich. Klar ist nur, dass der volle Lebensschutz für das Kind erst nach der Geburt besteht – es sei denn, man interpretiert die bis 1998 bestehende, traditionsreiche Privilegierung der Kindstötung gegenüber sonstigen Tötungsdelikten nicht nur mit der Berücksichtigung der Ausnahmesituation auf Seiten der Täterin, sondern auch mit einer „Geringerschätzung" des sehr jungen Opfers.[12]

Soweit die etwas disparate Rechtslage. Aus medizinethischer Sicht ist nun zu fragen, wie es mit der jeweiligen Begründung für die unterschiedlichen Bewertungen aussieht. Um es gleich zu sagen: Eine einheitliche „Linie" lässt sich nicht nachweisen; im Gegenteil steht bei der Abtreibungsfrage eine unübersichtliche Gemengelage aus kulturellen, gesellschaftlichen, religiösen, politischen, sozialen und biologischen Faktoren im Hintergrund. Zunächst einmal zum Grundsätzlichen: Der Gesetzgeber wollte der allgemeinen Stimmung zu Gunsten einer liberalen Abtreibungsregelung Rechnung tragen – die wichtigsten Argumente (Selbstbestimmungsrecht bzw. Körperautonomie, Frauenrechte, Frauengesundheit) habe ich schon genannt, zu ergänzen wäre noch der Aspekt der sozialen Gerechtigkeit, denn ein restriktives Abtreibungsrecht trifft sozial schwache Frauen überproportional schwer. Daneben sollte der heftigen gesellschaftlichen Aversion gegen eine staatliche Einmischung in diesen intimen Lebensbereich Rechnung getragen und jeder Anschein des Moralisierens vermieden werden. So muss die Schwangere bei der Pflichtberatung beispielsweise ihre Gründe nicht mehr darlegen (obwohl das die Voraussetzung für eine sinnvolle und individuelle Beratung wäre), und die Exekutive duldet es auch, dass im Gegensatz zum Wortlaut des § 219 StGB, wo eine Beratung zu Gunsten des Ungeborenen festgeschrieben ist, auf den Beratungsbescheinigungen – faktisch korrekt – der Vermerk „ergebnisoffen geführt" fixiert ist. Dem gegenüber wurde die zwar in der Minderheit befindliche, aber dennoch nicht einfach ignorierbare Gruppe der „Lebensschützer" weniger durch eine relativ frühe „Standardfrist" von zwölf Wochen als durch die Beratungspflicht und insbesondere durch die (ohnehin verfassungsgemäß geforderte) Strei-

12 In manchen Kulturen bildet die soziale Akzeptanz (z.B. Anerkennung durch den Vater oder die Gruppe) eine weitere Grenze nach der Geburt. Ähnlich, wenn auch ohne rechtliche Relevanz, dürfte in unserer Kultur die Taufe bzw. die säkulare Namengebungsfeier motiviert (gewesen) sein.

chung der embryopathischen Indikation befriedet. Die 22-Wochen-Frist nach Abs. 4 scheint mir so etwas wie ein stehen gebliebenes Relikt dieser Regelung zu sein, mit der seinerzeit eine Grenze eingezogen war, bei der eine extrauterine Lebensfähigkeit – zumindest nach heutigem Kenntnisstand – auszuschließen ist; sie trägt daneben wohl auch einer gewissen „diagnostischen Unschärfe" in der Frühschwangerschaft Rechnung, denn nicht immer lässt sich die 12. von der 13. Woche sicher abgrenzen.

Für das weithin als selbstverständlich angesehene 12-Wochen-Limit fällt die Begründung vergleichsweise schwer; eine biologische Rechtfertigung gibt es jedenfalls nicht: Würde man beispielsweise symmetrisch zu gängigen Todesdefinitionen das menschliche Leben mit dem Herzschlag oder der Hirntätigkeit beginnen lassen, käme man auf einen viel früheren Zeitpunkt in der vierten bzw. sechsten Schwangerschaftswoche. Kindsbewegungen – das Jahrhunderte lang verbreitetste „sichere" Graviditätsmerkmal[13] – sind dagegen erst ab etwa der 16. oder 17. Woche spürbar, abhängig von der Erfahrung der Schwangeren. Die extrauterine Lebensfähigkeit als weitere biologisch fundierte Schwelle beginnt ungefähr ab der 25. Woche. So mag es überraschen, dass eine juristisch derart relevante Grenze allein historische und spekulative Gründe hat: Aristoteles behauptete in seiner ‚Historia animalium' (VII, Kap. 3), dass Kindsbewegungen bei Knaben um den 40. und bei Mädchen um den 80. oder 90. Tag beginnen, was mit einer „Gliederung" der zuvor formlosen Masse parallel gehe. Entsprechend seiner Lehre von den drei Abstufungen der Seele (vegetativ, animalisch, rational) wurde diese Theorie im Christentum von Augustinus und vor allem von Thomas von Aquin als „Sukzessivbeseelung" übernommen, und diese Lehre galt bis 1869. Dabei gaben hauptsächlich seelsorgerische Gründe den Ausschlag dafür, dass zu Gunsten der Sünder(innen) eine Abtreibung vor dem 80. oder 90. Tag grundsätzlich als die eines weiblichen Embryos betrachtet und somit als minder schwere Schuld angesehen wurde.[14] Die strenge katholische Linie des Lebensschutzes „von Anfang an" ist also relativ jungen Datums, verdankt ihre Schärfe sicher auch den Auseinandersetzungen des „Kulturkampfs" und beruft sich mit der nunmehrigen Konzeption einer Simul-

---

13 *Günther Jerouschek*, Lebensschutz und Lebensbeginn. Kulturgeschichte des Abtreibungsverbots, 1988; *Robert Jütte* (Hrsg.), Geschichte der Abtreibung. Von der Antike bis zur Gegenwart, 1993.

14 Stellt man in Rechnung, dass diese Grenze bei Aristoteles mit Kindsbewegungen assoziiert war, dass der Zusammenhang von Ausbleiben der Menstruation und Schwangerschaft selbst in der Medizin recht lose gesehen wurde und dass zudem der eigene Zyklus von den meisten Frauen kaum permanent beobachtet worden sein dürfte, werden viele Föten wesentlich später abgetrieben worden sein. Es gibt im Übrigen auch heute einige Moraltheologen, die angesichts der Herausforderungen der modernen Biomedizin wieder für das Konzept der Sukzessivbeseelung plädieren.

tanbeseelung im Augenblick[15] der Zeugung auf die neueren biologischen Erkenntnisse, die von der Entdeckung der weiblichen Eizelle ihren Ausgang nahmen. Demnach stehe der Zygote mit ihrem neu entstandenen, individuellen Chromosomensatz der „benefit of the doubt" (so die pragmatische Formulierung der US-amerikanischen Bischöfe) zu.[16] Kurzum: Die 12-Wochen-Grenze markiert nicht etwa ein besonderes Ereignis in der menschlichen Entwicklung. Sie funktioniert in der Praxis, weil zu diesem Zeitpunkt die Schwangerschaft sowohl subjektiv als auch objektiv sicher festzustellen ist und weil relativ schonende Abtreibungsmethoden (i.d.R. die Ausschabung) zum Einsatz kommen können; zwingend ist sie jedoch keineswegs.

Es bleibt noch ein Wort zur Geburt als Grenze zu sagen: Dass diese juristisch gut handhabbar ist, kann aus ethischer Perspektive nicht darüber hinweg täuschen, dass bei einem lebensfähigen Kind der Aufenthaltsort keinen (jedenfalls nicht ohne weiteres einen) moralischen Unterschied konstituiert.[17] Das Argument, ein Fötus sei eine Art Teil des mütterlichen Körpers, über den die Schwangere im Rahmen ihres Selbstbestimmungsrechts frei verfügen könne, wird umso schwächer, je weiter die Entwicklung des Ungeborenen voranschreitet und je besser seine extrauterine Prognose wird: Wie wir gleich sehen werden, wird nicht nur in der Moraltheologie, sondern auch in unserem säkularen Rechtssystem ein eigenes Lebensrecht sogar schon im wesentlich früheren Embryonalstadium unterstellt; insofern müsste es sich bei der Abtreibungsregelung im Prinzip immer um eine Abwägung von Rechten handeln. Hier und heute wird die Körperautonomie der Frau ohne Frage als das übergewichtige Recht betrachtet: Aber zu fragen ist schon, ob bzw. inwieweit das auch im letzten Schwangerschaftsviertel uneingeschränkt gilt oder gelten soll. Um es noch einmal zu wiederholen: Träte z.B. in der 30. Woche der in § 218a Abs. 2 StGB gemeinte Sachverhalt einer akuten Lebensgefahr durch die Schwangerschaft selbst (etwa bei der o.e. Eklampsie) ein, bestünde die Hilfe in einer sofortigen Schnittentbindung, also in einem Versuch, sowohl

[15] Die Verschmelzung von Ei- und Samenzelle bzw. von mütterlichem und väterlichem Erbgut ist allerdings kein „Augenblick", sondern ein Prozess, insofern gibt es zahlreiche feinsinnige Konstruktionen, um biomedizinische Techniken und Lebensschutz von Anfang an in Einklang zu bringen. Am bekanntesten dürfte der Vorschlag einer Polkörperdiagnostik an der Stelle von Präimplantationsdiagnostik sein, auch wenn die Aussagekraft natürlich geringer ist, vgl. *Mareike Klekamp*, Lücken im Lebensschutz. Humane Vorkernstadien und Präimplantationsdiagnostik aus der Sicht der christlichen Gesellschaftslehre, 2008.

[16] Mit dem Versuch, einen „fundamentalistischen" Eindruck zu vermeiden, aber dennoch konsequent in der Sache: *Zentralkomitee der deutschen Katholiken*, Entwicklungen in der Biomedizin und ihre ethische Bewertung (Mai 2001) [Broschüre im Eigenverlag]. Vgl. auch *Thomas D. Williams*, Abtreibung und katholische Soziallehre, Die neue Ordnung 61 (2007), S. 170-182.

[17] Der australische Philosoph Peter Singer legt den Finger in genau diese Wunde, wenn er darauf hinweist, dass es der Begründung bedarf, weshalb wir (menschliche) Neugeborene für schützenswerter halten als Ungeborene bzw. als empfindungs- und kommunikationsfähige Tiere; vgl. in unserem Zusammenhang: *Peter Singer*, Schwangerschaftsabbruch und ethische Güterabwägung, in: Hans-Martin Sass (Hrsg.), Medizin und Ethik, 1989, S. 139-159.

die Mutter als auch das Kind zu retten – den mit der körperlichen Entwicklung gewachsenen kindlichen Rechten würde auf diese Weise Rechnung getragen.

Im Fall von Abtreibungen nach Pränataldiagnostik ist die Situation jedoch anders: Die Geburt eines lebensfähigen Kindes wäre die unerwünschte Nebenwirkung einer Interruptio mit enormen haftungsrechtlichen Konsequenzen. Einzelne solcher desaströs endender, gerichtsnotorischer Fälle gerieten ins Blickfeld der Öffentlichkeit, da sie auch entsprechend medial aufbereitet wurden.[18] Da eine Tötung eines einmal Geborenen bekanntlich strafrechtlich nicht infrage kommt, sind die Frauenärzte aus diesem Grund gezwungen, bei einem Abbruch in der Spätschwangerschaft den Fötus vor dem Eingriff zu töten – dann machen sie sich jedenfalls nicht der unterlassenen Hilfeleistung oder gar des Totschlags schuldig.[19] Ob aber juristische Unangreifbarkeit gleichzeitig ethische Unbedenklichkeit bedeutet, wäre noch zu beweisen. Wir halten in unserem Zusammenhang und entsprechend unserer analytischen Ausrichtung aber erst einmal fest, dass sich – was immer der Buchstabe des Gesetzes besagt – jedenfalls in der Praxis des Abtreibungsrechts und damit in der gesellschaftlichen Realität kein eigenständiges Lebensrecht des Ungeborenen im Mutterleib finden lässt.

IV. Lebensschutz für Embryonen im Reagenzglas

Angesichts des doch recht lückenhaften (falls überhaupt vorhandenen) Lebensschutzes im Mutterleib überrascht die Privilegierung von Embryonen im Reagenzglas. Als vor nunmehr über sieben Jahren (2000/2001) zum ersten Mal heftig um die Herstellung embryonaler Stammzellen gestritten wurde,[20] geriet denn auch das Embryonenschutzgesetz von 1991 ins Visier der Kritiker, und die damalige Bundesregierung hätte gern in einem großen Paket ein neues „Reproduktionsmedizingesetz" mit einer „liberaleren" Regelung auf den Weg gebracht. Die emotionalen Widerstände waren jedoch zu groß – dies werden wir gleich bei der weiter-

---

[18] Ich nenne hier nur die Internetkampagne www.tim-lebt.de (Oktober 2008); dazu gibt es auch einen Film von Gisela und Udo Kiliman ‚Er sollte sterben, doch Tim lebt. Eine Abtreibung und ihre Folgen' (2005), der bereits im Fernsehen gezeigt wurde.

[19] Auch wenn die Regierung auf Anfrage von Abgeordneten behauptet hat, sie habe von solchen Vorgängen keine Kenntnis, handelt es sich laut Statistischem Bundesamt um etwa 200 Fälle pro Jahr (wobei die Angaben stark schwanken), also nicht nur um vereinzelte Ereignisse. Vgl. im Übrigen bereits *Claudia Kaminski*, Spätabtreibungen in Deutschland. Eine Analyse der Bundesvorsitzenden der „Aktion Lebensrecht für Alle" (ALFA), 1998 (Idea-Dokumentation 1998.15).

[20] Schon mit einer gewissen Distanz: *Gisela Badura-Lotter*, Forschung an embryonalen Stammzellen. Zwischen biomedizinischer Ambition und ethischer Reflexion, 2005.

hin abgelehnten Präimplantationsdiagnostik sehen.[21] Das Embryonenschutzgesetz stammt aus der Zeit der Abtreibungsregelung der alten Bundesrepublik, und daraus mag sich seine restriktive Positionierung mit erklären: Da in vitro keine mütterlichen Rechte im Sinne der Körperautonomie konkurrieren, steht dem isolierten Embryo logischerweise der volle Lebensschutz zu. Als zehn Jahre später bei der Diskussion um die Forschung mit embryonalen Stammzellen (wenig erfolgreich) darum gerungen wurde, Lebensschutz für Embryonen in den Frühstadien der ersten 14 Tage plausibel zu begründen, war diese nahe liegende Schlussfolgerung aus dem Diskurs vollkommen verschwunden – nach dem Gesagten dadurch erklärbar, dass im Rechtssystem kein Lebensrecht des Ungeborenen mehr existiert.

Das von „konservativer" Seite vorgebrachte Kontinuitätsargument haben wir bereits kennen gelernt. Es spiegelt keineswegs nur das (in einer säkularen Welt nicht universalisierbare) theologische Konzept der Simultanbeseelung wider, sondern entspricht auch der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, das noch bei der Beurteilung des neu gefassten § 218a StGB festgestellt hat, dass sich der Embryo „nicht zum Menschen, sondern als Mensch" entwickle.[22] Auch für die Konzeption von Menschenwürde als einer von biologischen Tatsachen unabhängigen, gleichsam ontologisch begründeten Eigenschaft des Menschen ist diese Kontinuität zwar nicht irgendwie beweisbar, aber doch eine wichtige Arbeitshypothese.[23] Sie hatte jedoch insofern einen schweren Stand, als heute ontologische Ansätze nicht gerade in Mode sind und an ihrer Stelle der Konstruktivismus als schick gilt. Und so entlarvten intellektuelle Diskutanten (unter den prominenten Rednern z.B. auch der damalige Kulturstaatsminister *Julian Nida-Rümelin*[24]) die vermeintlich immanente Kontinuität des Menschseins (und die Menschenwürde gleich mit) als Zuschreibungsbegriff, was insofern auch das weniger intellektuelle Publikum überzeugte, als „Menschenwürde für Achtzehnzeller" in der Tat eine prima vista

---

[21] Die Parallelen werden deutlich im Themenheft ‚Präimplantation und Lebensschutz', ZfmE 49 (2003), Heft 4, S. 323-440; vgl. ansonsten auch die folgenden Übersichten: *Bettina Schöne-Seifert* (Hrsg.), Humangenetik – Ethische Probleme der Beratung, Diagnostik und Forschung, 1993; *Ludger Honnefelder*, Ethische Probleme der Humangenetik, in: Jan P. Beckmann (Hrsg.), Fragen und Probleme einer medizinischen Ethik, 1996, S. 332-354; *Bernhard Irrgang*, Genethik, in: Julian Nida-Rümelin (Hrsg.), Angewandte Ethik. Die Bereichsethiken und ihre theoretische Fundierung, 1996, S. 510-551; *Ortrun Riha*, Ethische Probleme um den Anfang menschlichen Lebens. PID, Stammzellen, Klonen, in: dies. (Hrsg.), Ethische Probleme im ärztlichen Alltag III, 2004, S. 7-18.

[22] Auf die argumentative Inkonsequenz weist hin: *Norbert Hoerster*, Abtreibung im säkularen Staat. Argumente gegen den § 218. Mit einem Anhang: Das Lippenbekenntnis des Bundesverfassungsgerichts zum Lebensrecht des Ungeborenen, 2. Aufl. 1995 (1. Aufl. 1991).

[23] Dass trotzdem die Menschenwürde als „Arbeitshypothese" institutionalistisch begründbar bleibt, zeigt *Axel W. Bauer*, Braucht die Medizin Werte? Reflexionen über methodologische Probleme in der Bioethik, in: ders. (Hrsg.), Medizinische Ethik am Beginn des 21. Jahrhunderts. Theoretische Konzepte, klinische Probleme, ärztliches Handeln, 1998, S. 1-18.

[24] Vgl. dazu *Julian Nida-Rümelin*, Ethische Essays, 2002, und *ders.*, Angewandte Ethik, 2. Aufl. 2005.

wenig plausible Forderung ist. Eine optische Intuition gibt es nicht bei einem „Objekt“, das kleiner als ein Stecknadelkopf ist und bei dem äußerlich – anders als etwa in der zwölften Schwangerschaftswoche – nicht das Geringste an einen künftigen Menschen erinnert. Allerdings halten wir aus emotionalen Gründen ebenso intuitiv einen Menschenembryo für „etwas anderes“ als einen Hühnerembryo; diese moralische Privilegierung auf Grund der Spezieszugehörigkeit hat *Angela Merkel* in der damaligen Diskussion als „Menschheitssolidarität“ bezeichnet.

Das Individualitätsargument, das die Einzigartigkeit des entstandenen Chromosomensatzes und damit des entstehenden Wesens in den Mittelpunkt stellt, ist ein Versuch, wissenschaftliche Erkenntnisse ethisch nutzbar zu machen, kann jedoch gerade dann nicht allgemein gültig überzeugen, wenn es mit Vorstellungen von Personalität oder eines „Gegenübers“ kombiniert erscheint (was üblicherweise mit dem Wort „Individuum“ assoziiert wird)[25] – dafür ist das Lebensstadium einfach zu früh. Und auch das Potenzialitätsargument („es kann ein Mensch daraus werden“) lässt sich leicht widerlegen: Die Nobelpreisträgerin *Christiane Nüsslein-Volhard* hat zu Recht darauf hingewiesen, dass nur im Mutterleib, nicht aber im Reagenzglas (und darum geht es ja beim Embryonenschutz in vitro) aus dem „Zellhaufen“ ein Mensch wird. Außerdem sind Rechte, die einem Individuum zu einem bestimmten Zeitpunkt zukommen (z.B. Wahlrecht mit 18 Jahren), nicht einfach auf frühere Lebensphasen zu extrapolieren: Wie 14-Jährige nicht wählen dürfen, so kann der volle Lebensschutz eben auch erst ab der Geburt zugesprochen werden.

Wenn im Ergebnis umfangreiche bürokratische Hürden die Forschung mit embryonalen Stammzellen erschweren, aber eben nicht unmöglich machen, dann haben nicht die allesamt angreifbaren ethischen Argumente[26] zu Gunsten des Lebensschutzes gesiegt, sondern Pragmatismus: Kein Politiker kann ernsthaft verkünden, aus moralischer Überzeugung der eigenen Bevölkerung Heilungschancen vorenthalten zu wollen, so gering sie auch beim heutigen Kenntnisstand sein mögen. Wenn die internationale Stammzellforschung durchschlagende Erfolge bringen sollte, wäre ein Import der Ergebnisse ohnehin nicht aufzuhalten. Dennoch stößt die Forschung auf Hemmnisse, die besonders den emotionalen Vorbehalten Rechnung tragen: Die Herstellung embryonaler Stammzellen bleibt in Deutschland verboten, und bekannt ist auch die umstrittene und in der Aktualisie-

---

[25] Dazu grundlegend das Themenheft ‚Der Mensch als Person’, ZfmE 42 (1996), Heft 2, S. 77-163, bes. der Beitrag von *Berthold Wald*, Über den Mißbrauch des Personbegriffs zur Rechtfertigung von Abtreibung und Euthanasie, ZfmE 42 (1996), Heft 2, S. 79-89; *Günther Rager*, Embryo – Mensch – Person, Zur Frage nach dem Beginn des personalen Lebens, in: Jan P. Beckmann (Hrsg.), Fragen und Probleme einer medizinischen Ethik, 1996, S. 254-278; *Jan P. Beckmann*, Über die Bedeutung des Person-Begriffs im Hinblick auf aktuelle medizin-ethische Probleme, ebd., S. 279-306.

[26] Viel ausführlicher als hier möglich z.B. die Überblicksdarstellung in der Monographie von *Ulrich Körtner*, Unverfügbarkeit des Lebens? Grundfragen der Bioethik und der medizinischen Ethik, 2001.

rung befindliche Stichtagsregelung, was das Herstellungsdatum der importierten Stammzelllinien angeht. Im Hintergrund dieser halbherzigen Entscheidung standen ernstzunehmende Ängste, die beim Thema der Präimplantationsdiagnostik noch deutlicher werden, und deshalb wollen wir uns zu ihrer Erläuterung nun diesem Verfahren zuwenden.

V. Embryonenschutz und Präimplantationsdiagnostik

Ob das deutsche Embryonenschutzgesetz Präimplantationsdiagnostik (im Folgenden: PID) verbietet, ist unklar;[27] fest steht nur: 1991 gab es das Verfahren noch nicht, insofern kann PID auch gar nicht erwähnt sein. Ob PID implizit zu den „Verfahren, die nicht der Erhaltung [des Embryos] dienen", zählt, darf m.E. bezweifelt werden, denn das Ziel der diagnostischen Maßnahme ist die Einpflanzung eines Embryos in den mütterlichen Uterus und nicht dessen Vernichtung. Da sich die juristischen Experten jedoch nicht einig sind, wird PID in Deutschland sicherheitshalber nicht durchgeführt. Einer 2000/2001 immerhin diskutierten Zulassung standen massive Proteste von verschiedenster Seite entgegen, am einflussreichsten waren sicher diejenigen der Behindertenverbände – die Gründe dafür liegen jedoch nicht unmittelbar auf der Hand.

Der Embryonenschutz als solcher kann natürlich wieder ins Feld geführt werden, vermag jedoch – wie wir gesehen haben – per se wenig zu überzeugen, jedenfalls nicht mit Allgemeingültigkeitsanspruch; die gesetzliche Grundlage ist umstritten. Insofern waren die Reformbestrebungen der Regierung nachvollziehbar, um in der Reproduktionsmedizin Rechtssicherheit zu schaffen und den Wünschen der betroffenen Paare Rechnung zu tragen. Wie auch aus dem Diskussionspapier der *Bundesärztekammer* ersichtlich, war an eine Begrenzung auf wenige Indikationen gedacht, nämlich an familiär bekannte genetische Erkrankungen, die mit einem kurzen Leben und einem unheilbaren, schweren Leiden assoziiert sind („born to die").[28] Als Beispiel könnte etwa das Kurzrippen-Syndrom genannt werden, bei dem die Föten bis zur Geburt heranwachsen, aber extrauterin nicht lebensfähig sind, weil der Brustkorb für eine Lungenatmung zu eng ist. Eingeschlossen werden sollten auch mit dem Leben nicht vereinbare Chromosomenanomalien, die meistens zu einer Fehlgeburt führen; diese Fragestellung sollte dazu beitragen, die noch immer unbefriedigenden Ergebnisse der in-vitro-Fertilisation (ivF, „künstliche Befruchtung") unter gleichzeitiger Schonung der mütterlichen Gesundheit zu

---

27 Komparatistische Darstellung der Problematik bei *Uta Ziegler*, Präimplantationsdiagnostik in England und Deutschland. Ethische, rechtliche und praktische Probleme, 2004.

28 *Bundesärztekammer*, Diskussionsentwurf zu einer Richtlinie zur Präimplantationsdiagnostik, Deutsches Ärzteblatt 97 (2000), Heft 9, B-461-464. Die Leserschaft reagierte überwiegend ablehnend: Auftakt des öffentlichen Diskurses, Deutsches Ärzteblatt 97 (2000), Heft 17, C-866-876; Nochmals: Öffentlicher Diskurs, Deutsches Ärzteblatt 97 (2000), Heft 28-29, B-1654-1660.

verbessern.[29] Es wurde in diesem Punkt von den Befürwortern eine Analogie zur üblichen und akzeptierten PND angenommen, wobei die „Zeugung auf Probe“ insgesamt als weniger problematisch als eine „Schwangerschaft auf Probe“ gesehen wurde.[30] Doch weit gefehlt.

Es brach ein Sturm der Entrüstung selten gesehenen Ausmaßes los, der weniger von Ethikern[31] oder den Kirchen initiiert als vielmehr von mächtigen Interessengruppen mit entsprechenden Medienkontakten und professioneller Öffentlichkeitsarbeit getragen wurde.[32] Eine rationale ethische Auseinandersetzung fand ebenso wenig Gehör wie die Hinweise von Experten zu den eingeschränkten technischen Möglichkeiten des Verfahrens, bei dem wegen der minimalen Materialmenge von zwei (!) für PID entnommenen Zellen[33] in Verbindung mit dem sehr frühen und „unreifen“ Entwicklungsstadium nur die Überprüfung konkreter Fragestellungen und keineswegs ein „Rundum-Screening“ machbar ist. In Erscheinung traten – ich habe es schon angedeutet – dabei insbesondere die verschiedenen Behindertenverbände, die sich jedoch m.E. vor den politischen Karren technikfeindlicher Gruppierungen spannen ließen, die systematisch mit Fortschrittsängsten und Unsicherheit kalkulieren: Eine wichtige Rolle in der Kommunikation dieser Positionierung spielte beispielsweise der ehemalige (1980-1998) SPD-Bundestagsabgeordnete *Robert Antretter*, seit 2000 überaus rühriger Bundesvorsitzender der „Lebenshilfe“ (der Interessenvertretung für Menschen mit geistiger

---

29 Genaue Zahlen zu eruieren, ist relativ schwierig, weil die einzelnen Zentren je eine eigene Statistik führen und die Zahlen nicht einfach addierbar sind. Ungefähr jede dritte Behandlung dürfte zu einer Schwangerschaft führen, die „baby take home-Rate“ liegt jedoch deutlich darunter und vermutlich in der Nähe der „natürlichen“ Erfolgsquote von gut 10%. Die Reproduktionsmedizin ist nicht nur aus diesem Grund in die Kritik geraten, vgl. z.B. *Magda Telus*, Reproduktionsmedizin. Zwischen Trauma und Tabu, Deutsches Ärzteblatt 98 (2001), Heft 51-52, A-3430-3435 (unter gleichem Titel auch in: Beiträge zur feministischen Theorie und Praxis 60 [2002], S. 97-104); Diskussion dazu und Schlusswort, Deutsches Ärzteblatt 99 (2002), Heft 10, B-505-509; *Maria Mies*, Wider die Industrialisierung des Lebens. Eine feministische Kritik der Gen- und Reproduktionstechnik, 2001; *Eva Pelkner*, Gott, Gene, Gebärmütter. Anthropologie und Frauenbild in der evangelischen Ethik zur Fortpflanzungsmedizin, 2001.

30 *Giovanni Maio*, Die Präimplantationsdiagnostik als Streitpunkt. Welche ethischen Argumente sind tauglich und welche nicht?, DMW 126 (2001), S. 889-895. Vgl. auch die trotz aller Vorbehalte differenzierte Darstellung von *Hermann Hepp*, Präimplantationsdiagnostik – medizinische, ethische und rechtliche Aspekte, Deutsches Ärzteblatt 97 (2000), Heft 18, B-1037-1044.

31 Die kritische Resonanz in der medizin- und bioethischen „Szene“ war nichtsdestotrotz beachtlich, vgl. z.B. *Marcus Düwell* (Hrsg.), Von der prädiktiven zur präventiven Medizin. Ethische Aspekte der Präimplantationsdiagnostik. Jahrestagung der Akademie für Ethik in der Medizin, 3.-5. September 1998 in Tübingen, 1999; *Harald Thomas Schmidt*, Präimplantationsdiagnostik: Jenseits des Rubikons? Individual- und sozialethische Aspekte der PID, 2003 (Münsteraner Bioethik-Studien 4).

32 Zusammenstellung typischer Beispiele bei *Cordula Mock*, Stellungnahmen zur Pränataldiagnostik, 2007; vgl. auch *Hans-Jürgen Fischbeck*, Interessen und Menschenwürde. Ein Normenkonflikt zwischen Utilitarismus und Ethik der Würde im Kontext der Biomedizin und ihres Anspruchs auf Forschungsfreiheit, 1998.

33 Untersucht wird nur eine Zelle, die andere wird nur zur Sicherheit entnommen.

Behinderung), der bereits maßgeblich daran beteiligt war, dass die europäische Bioethik-Konvention des Europarats von Deutschland nicht ratifiziert wurde. Damals wurden die vorgesehenen Regelungen zur Forschung an Nicht-Einwilligungsfähigen unzutreffend, aber hochemotional dargestellt, diesmal wurden nicht nur die Reizworte „Diskriminierung" und „Entsolidarisierung", sondern noch dazu das Totschlagargument „Eugenik" bemüht.[34] Wenn dieser Begriff fällt, verstummt jede Gegenstimme, obwohl seine Verwendung im Kontext von PID nicht nur wenig sachgerecht, sondern schlicht falsch ist und noch dazu paradoxerweise zu einem im Sinne der Behinderten absolut kontraproduktiven Einsatz kommt. Vor allem stört mich, dass in dieser unscharfen Emotionalität und unreflektierten Etikettierung ein ernst zu nehmendes und zentrales ethisches Problem hinsichtlich des Umgangs mit Kranken (und evtl. auch Behinderten) völlig unterging; davon wird am Schluss dieses Abschnitts die Rede sein. Ich muss aber zugeben, dass die damalige Postkarten- und Plakatkampagne mit der provokanten Frage „Hätten Sie den Qualitätstest bestanden?" werbetechnisch hervorragend gemacht war; sie bezog sich auf die etwas forsche Formulierung vom „Qualitätscheck" für Embryonen, die unvorsichtigerweise von Vertretern der Reproduktionsmedizin im Zusammenhang mit der erwähnten Outcome-Verbesserung bei ivF im Fernsehen benutzt wurde.

Versuchen wir stattdessen eine rationale Einordnung der Argumente: Da PID auf Embryonen beschränkt ist, die durch ivF entstehen, lässt sich bei diesen geringen Fallzahlen selbst bei einem (hierzulande undenkbaren) erklärten politischen Willen damit keine Eugenik betreiben. Damit Eugenik funktioniert, muss die gesamte reproduktionsfähige Bevölkerung einbezogen und das Anliegen streng fokussiert werden; das jüngste Beispiel ist das in Zypern seit 1976 bestehende freiwillige Programm gegen die endemische Form der rezessiv vererbten Sichelzellanämie (ß-Thalassaemia major). Die Vorstellung von der Beseitigung „aller pathologischen" Gene in einem Volk ist in das Reich der Utopie zu verweisen, selbst wenn die Staatsführung nicht vor Zwangsmaßnahmen zurückschreckt.[35] So war die skrupellose Anwendung des „Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses" der Nationalsozialisten ohne jeden Effekt auf den deutschen Genpool und entpuppte sich lediglich als untauglicher Versuch, soziale Probleme mit biologischen Mitteln zu lösen. Was ein „pathologisches" Gen sein soll, wäre zudem noch

[34] Um Missverständnisse zu vermeiden: Ich nenne Herrn Antretter exemplarisch wegen seiner medienwirksamen Eloquenz, die ihn zu einem der wichtigsten Meinungsführer in beiden Kampagnen gemacht hat. Beispielhaft für diese Perspektive sei das Editorial der Verbands-Zeitung der Bundesvereinigung Lebenshilfe vom März 2002 genannt, in dem Antretter PID unter der Überschrift „Ausverkauf humaner Werte. Präimplantationsdiagnostik diskriminiert behindertes Leben" präsentiert. Das Engagement Antretters für behinderte Menschen, für das er erst Ende April 2008 wieder ausgezeichnet wurde (mit der Verdienstmedaille des Landes Baden-Württemberg), soll damit nicht in Abrede gestellt oder irgendwie geschmälert werden.

[35] *Peter Weingart/Jürgen Kroll/Kurt Bayertz*, Rasse, Blut und Gene. Geschichte der Eugenik und Rassenhygiene in Deutschland, 3. Aufl. 2003.

genauer zu definieren, denn auch die Imagination eines präventiven Breitband-Screenings ins Blaue hinein ist ins Reich der Utopien zu verweisen. Das „gesunde" Genom existiert nicht; auch Personen, denen gar nichts „fehlt", tragen fünf bis sieben schwere Gendefekte in sich, die sie aber überhaupt nicht merken, abgesehen von individuellen genetisch verankerten Erkrankungsrisiken, die zum Tragen kommen können oder eben nicht. Dass „Behinderung" und „genetisch bedingte Erkrankung" in der erhitzten Stimmung dabei auch noch gleich gesetzt wurden, halte ich für unerträglich: Selbst wenn alle Utopien in Erfüllung gingen und alle Erbkrankheiten beseitigt würden, würde das Phänomen „Behinderung" nicht aus der Welt verschwinden, denn 80% aller körperlichen Behinderungen werden (während oder) nach der Geburt erworben und etwa der gleiche Anteil der geistigen Behinderungen ist in seiner Genese völlig unklar.

Was die soziale Diskriminierung (bereits geborener) Behinderter angeht, so scheint mir nicht plausibel, dass die (wenigen) PID-Maßnahmen in diesem Punkt eine erheblichere gesellschaftliche Veränderung bewirken sollten als die um Zehnerpotenzen häufigere Pränataldiagnostik. In der Maßnahme als solcher kann kein moralischer Unterschied liegen. Dass Abtreibungen nach PND auch vor dem Hintergrund einer nicht unerheblichen gesellschaftlichen Intoleranz gegenüber krankem und behindertem Nachwuchs zu sehen sind („das muss doch heute nicht mehr sein") und dass sich Schwangere deswegen subjektiv durchaus zu einem Abbruch „verpflichtet" fühlen können,[36] scheint mir unbestreitbar, aber gänzlich unabhängig von PID zu sein. So sind die Mahnungen der Behindertenverbände grundsätzlich nachvollziehbar, in der speziellen Verknüpfung mit einer seltenen und aufwändigen diagnostischen Maßnahme jedoch wenig wirkungsvoll. Eine Minderung der grundgesetzlich verankerten Behindertenrechte ist im Übrigen nach einer expliziten Zulassung von PID ebenso wenig zu befürchten wie bei der jetzigen Abtreibungsregelung. Insofern stellt PID keinen moralischen „Dammbruch" dar.

Eine gewisse „schiefe Ebene" lässt sich jedoch nicht leugnen. Ich glaube angesichts der großen physischen und psychischen Belastungen und des unsicheren Erfolgs nicht, dass sich plötzlich wesentlich mehr Paare ohne Not zu einer ivF entschließen, nur weil dann PID möglich ist. Dass aber die Befürchtung, es werde bei den wenigen, von der *Bundesärztekammer* vorgeschlagenen Indikationen für PID nach ivF nicht bleiben, durchaus ihre Berechtigung hat, zeigt die Erfahrung mit der Pränataldiagnostik. Dort geht es so gut wie nicht (mehr) um schwerste Behinderungen und unerträgliches Leiden, sondern ganz überwiegend – trotz immer besserer Therapie und vielfältigen Betreuungs- und Förderungsmöglichkei-

[36] *Ilona Renner* (Red.), Schwangerschaftserleben und Pränataldiagnostik. Repräsentative Befragung Schwangerer zum Thema Pränataldiagnostik. Erhebung Jan. bis Okt. 2004, 2006; mit „Schuldzuweisung" an die Medizin: *Antje Kehrbach*, Weibliche Selbstbestimmung und vorgeburtliche Diagnostik. Positionen einer feministischen Debatte, in: Dr. med. Mabuse 130 (März/April 2001), S. 45-50.

ten – um chronische Krankheiten, um die prognostisch schwer einzuschätzende Trisomie 21 (Down-Syndrom, „Mongolismus“)[37] und eben auch zunehmend um relativ geringfügige Normabweichungen wie Kleinwüchsigkeit. Ob künftig auch ein „erhöhtes Erkrankungsrisiko“ unter das Zumutbarkeitskriterium fallen wird, bleibt abzuwarten. Bei der PID dürfte allerdings zumindest vorerst die Technik selbst Grenzen setzen.

So weit zum Verhindern unerwünschter Eigenschaften. Dem gegenüber wird gerade bei PID das Auswählen erwünschter Eigenschaften als besonders verwerfliche Option diskutiert. Dabei sind die tatsächlichen Möglichkeiten geringer als bei Pränataldiagnostik, und die Vermutung nährt sich wohl aus dem Umstand, dass aus mehreren Embryonen selektiert werden kann. Was in dieser Hinsicht bereits geschieht, ist die Geschlechtswahl: Wie es in manchen Ländern eine gezielte Abtreibung weiblicher Föten gibt, so bieten reproduktionsmedizinische Zentren in Kanada, Australien oder Neuseeland sogar im Internet „family balancing“ als besonderen Service an. Was ebenfalls im angelsächsischen Raum praktiziert wird, ist die gezielte Suche nach einer genetischen Konstellation, die das erwartete „Baby nach Maß“ zu einem geeigneten Organ- oder Knochenmark-Spender für ein bereits geborenes, schwer krankes Geschwisterkind macht. Diese Funktionalisierung eines Menschen dürfte bei uns in Kantischer Tradition sehr kritisch als Verstoß gegen die Menschenwürde gesehen werden, zumal die körperliche Unversehrtheit von vornherein gefährdet und das Selbstbestimmungsrecht eingeschränkt sein dürften.[38] Weshalb es aber prima facie verurteilenswert sein sollte, wenn sich Eltern – sofern sie denn utopischerweise die Wahl hätten – für ein hübsches, liebenswürdiges und begabtes Kind entscheiden, scheint mir nicht einleuchtend zu sein: Frühförderung im Kindergarten ja, „Frühförderung im Reagenzglas“ nein[39] – das ist nicht wirklich zu Ende gedacht, sondern beruht wahrscheinlich auf einer diffusen Benachteiligungsangst sowie auf der Ablehnung des „Widernatürlichen“. Letztere tritt im Kontext genetischer Forschung und Praxis häufig in Erscheinung, stellt aber – gerade auf medizinischem Gebiet – ein ethisch unbrauchbares Argument dar. Ebenso unangebracht war in der allgemeinen Aufregung die Tendenz, den Kinderwunsch von Paaren aus genetischen „Hochrisikofamilien“ mit dem Streben nach Instrumentalisierung eines Kindes für persönliche

37 Aus dem genetischen Befund allein lässt sich nicht vorhersagen, ob das Kind schwerst mehrfach behindert oder kaum beeinträchtigt sein wird. Eine große Bandbreite ist möglich, bis hin zu einer Tätigkeit als Schauspieler; in Deutschland am bekanntesten ist Rolf „Bobby“ Brederlow, der auch eine eigene Homepage unterhält: www.bobby.de (Oktober 2008).

38 Diese Problematik wird aus der Perspektive des zweiten Kindes weniger ethisch differenziert als emotional im Roman ‚Beim Leben meiner Schwester’ von *Jodi Picoult* (My sister’s keeper; 2005) geschildert.

39 Eine schonungslose Entlarvung dieser Kurzschlüssigkeit bei *Weyma Lübbe*, Embryonenschutz und kompetitive Gesellschaft, in: Ortrun Riha (Hrsg.), Ethische Probleme im ärztlichen Alltag III, 2004, S. 125-127 (Impulsreferat zur Podiumsdiskussion ‚Menschenwürde am Lebensanfang und am Lebensende’ an der Univ. Leipzig am 3. Juli 2003).

Wünsche gleichzusetzen. Den Betroffenen muss es zynisch vorkommen, wenn ihnen der Verzicht auf Nachwuchs oder eine Adoption nahe gelegt wird, sofern für sie keine Abtreibung nach Pränataldiagnostik infrage kommt; sie müssen jetzt wegen einer PID im europäischen Ausland Hilfe suchen. Auch darüber haben die Medien berichtet, dennoch blieben die Interessen dieser kleinen Schar Betroffener unberücksichtigt, und das, obwohl sowohl die *Bundesärztekammer* als auch viele (evangelische) Moraltheologen für eine Einzelfallabwägung und für individuelle Lösungen plädiert hatten.

Dass die „reproduktive Autonomie" in diesen Fällen trotz der allgemeinen Hochschätzung des Selbstbestimmungsrechts und noch dazu unter dem Aspekt, dass es ja den Paaren nicht um das Töten eines Embryos, sondern um ein lebendes Kind geht, eine so geringe Rolle spielte, zeigt, dass ein wichtiges Problemgebiet (systematisch?) ausgeblendet wurde. Es hat aber mit der befürchteten Diskriminierung zu tun und knüpft an meine Überlegungen zum Selbstbestimmungsrecht an. Wie wir gesehen haben, ist dieses bei einer Schwangerschaft das allein berücksichtigte Recht: In Verwirklichung ihrer Körperautonomie entscheidet die werdende Mutter, welcher Zustand des Kindes ihr persönlich zumutbar erscheint, kindliche Interessen werden nicht berücksichtigt. Anders (ja sogar konträr) in vitro: Obwohl eigentlich das Lebensrecht für Embryonen keineswegs (mehr) klar oder konsistent begründet ist, haben die Erzeuger zunächst keine Wahlmöglichkeit; sie müssen warten, bis es zu einer Schwangerschaft kommt, dann greift wieder die Körperautonomie usw. Was ist der Sinn dieser vermeintlichen Unlogik?

Der Grund ist dem vergleichbar, der letztlich auch zu einer Abschaffung der embryopathischen Indikation geführt hat: Für sich selbst kann bzw. darf man definieren, was unzumutbar ist, nicht aber für jemand Anderen, und sei es das eigene Kind.[40] Nach unserem Verständnis von Menschenwürde kann nur die selbst betroffene Person festlegen, was sie für ein lebenswertes Leben hält; eine Definition von „Lebensqualität" durch Dritte wird – nicht nur aus historischen Gründen – auch in der Medizinethik weithin abgelehnt, weil sich Perspektiven und Präferenzen bei eigener Betroffenheit erfahrungsgemäß verschieben. Um nur ein lehrreiches Beispiel aus Oregon zu zitieren: 1990/91 kam bei einem Versuch, durch eine Telefonumfrage bei 1001 Einwohnern und statistisch gesichert herauszufinden, welche „objektiven" Elemente zu einer Beeinträchtigung der Lebensqualität führen, heraus, dass die überwiegende Zahl der Interviewten allein schon ein „höheres Lebensalter" als kaum erträglichen Zustand einstufte – es sei denn, sie waren selbst bereits älter.[41] Im Fall der Pränataldiagnostik wird geschickterwei-

[40] Interessant in diesem Kontext die „feministische" Positionierung von *Regine Kollek*, Präimplantationsdiagnostik. Embryonenselektion, weibliche Autonomie und Recht, 2. Aufl. 2002.

[41] Das Ziel waren Kosten-Effektivitäts-Analysen zum Zweck einer Priorisierung der Ziele im Gesundheitswesen, die inzwischen durchaus Anerkennung finden. Zur Kritik damals z.B. *D. M. Eddy*, Oregon's methods. Did cost-effectiveness-analysis fail? in: Journal of the American Medical Association 265 (1991), S. 2218-2225; *N. Daniels*, Is the Oregon rationing plan fair?, ebd., S. 2232-2235.

se nun die Frage nach der Lebensqualität des Ungeborenen nicht zum Kriterium erhoben, auch wenn wohl in verantwortungsvollen Beratungsgesprächen im Vorfeld eines Abbruchs davon die Rede sein dürfte,[42] aber das ist rechtlich unerheblich. Bei der PID (und früher auch bei der embryopathischen Indikation) treffen dagegen Dritte auf Grund eines bestimmten pathologischen Befundes die Entscheidung „nicht lebenswert" – und das lässt sich nicht durch das Mäntelchen der Körperautonomie, die ja grundsätzlich auch „gesunde" Föten treffen könnte, verdecken. Ob man diese Begründung für eine Rechtswidrigkeit von PID nun für zwingend hält oder nicht – logisch ist sie schon, denn sie beruht auf dem Diskriminierungsverbot des Grundgesetzes. Es ist aber eben nicht die Untersuchung, die diskriminiert, sondern die evtl. Handlungskonsequenz, die bei „gesund" und „nicht gesund" unterschiedlich ausfällt, und zwar ausschließlich auf Grund des Untersuchungsergebnisses und nicht auf Grund konkurrierender sonstiger Rechte.

VI. Exkurs: Schwerstbehinderte Neugeborene

Trotz der breiten Akzeptanz pränataldiagnostischer Maßnahmen und trotz der Bereitschaft zu nachfolgender Unterbrechung der Schwangerschaft werden immer wieder Kinder geboren, die mehrfach schwerst behindert sind, auf die eine Vielzahl von Eingriffen und belastenden Behandlungen zukommt und deren Lebensperspektiven trotz aller ärztlichen Kunst sehr eingeschränkt bleiben. Damit meine ich nicht die Fälle, in denen sich Mütter bewusst dafür entscheiden, ein extrauterin todgeweihtes Kind auszutragen, um ihm einen würdigen Tod und sich selbst einen echten Abschied zu ermöglichen, sondern Konstellationen, bei denen die medizinische Prognose letztlich unsicher ist und bei denen eine Vielzahl an „machbaren" Eingriffen angeboten werden kann, deren Erfolg aber fraglich bleibt. Solche Ereignisse gehören sicher zu den für alle Seiten belastendsten Situationen in der Neonatologie, und umso wichtiger ist eine strukturierte Entscheidungsfindung; nicht umsonst haben sich gerade in diesem Bereich besonders häufig „Ethikkomitees" etabliert, die dabei im Gespräch zwischen Behandlungsteam und Eltern Unterstützung leisten. Ein hilfreicher Basistext dazu ist die „Einbecker Empfehlung", in der die medizinethische Problematik und eine nachvollziehbare Herangehensweise bereits umrissen sind.[43]

Klar ist, dass Lebensschutz bzw. Tötungsverbot zu respektieren sind und dass das Neugeborene nicht wegen seines geringen Alters gegenüber Erwachsenen diskriminiert werden darf. Grundsätzlich sind also die gleichen Maßstäbe anzule-

---

42 Einen Einblick in die Praxis geben z.B. *Anke Rohde/Christiane Woopen*, Psychosoziale Beratung im Kontext von Pränataldiagnostik. Evaluation der Modellprojekte in Bonn, 2007.

43 *Erwin Deutsch/Alfred Doenicke* u.a., Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht bei schwerstgeschädigten Neugeborenen, Ethik Med 1 (1989), S. 237-238 (Wiederabdruck der „Einbecker Empfehlungen" von 1986).

gen wie sonst in der Medizin auch. Die Prinzipien des Nutzens und der Schadensvermeidung stehen an erster Stelle; die ethische Frage, ob immer alles getan werden soll, was technisch möglich ist, nur weil es möglich ist, stellt sich hier mit besonderer Dringlichkeit, und sie ist – wiederum sonstiger medizinischer Praxis folgend – dahingehend zu beantworten, dass eine Leidensverlängerung keinesfalls vertretbar ist. Immer müssen professionelle Pflege und Zuwendung geleistet und die bestmögliche Linderung von Beschwerden, wie Schmerzen oder Atemnot, angeboten werden.

Allerdings werden die Eltern, vor allem die Mütter, die die Pflege und Betreuung zu leisten und ggf. auch unabsehbare finanzielle Mittel aufzubringen haben, sehr viel stärker als Angehörige sonst einbezogen; individuelle Entscheidungen können nur im Konsens getroffen werden. Ein derart schwerst behindertes Kind bedeutet eine einschneidende Veränderung des gesamten Lebens und beeinflusst das Familiengefüge, die elterliche Zuwendung zu den Geschwistern und natürlich auch die Paarbeziehung in nicht vorhersagbarer Weise. Vielfach stehen die Eltern ambivalent am Krankenbett, denn das personale „Gegenüber", so gehandikapt es auch sein mag, löst trotz aller Zukunftssorgen auch eine emotionale Bindung aus, und diese wiederum lässt Raum für Hoffnung, auch wenn sie wenig realistisch ist. Anders als bei Pränataldiagnostik fällt die Entscheidung zugunsten einer Therapiebeendigung oder -begrenzung daher viel schwerer, selbst wenn nach menschlichem Ermessen lebenslange, mit Leiden verbundene Pflegebedürftigkeit zu erwarten ist.

Verglichen mit diesen oft tragischen Einzelfallentscheidungen ist in anderen, ebenso persönlich berührenden Fällen die Richtung eindeutig vorgegeben, und zwar dann, wenn aus ärztlicher Sicht keine Therapieindikation besteht; es handelt sich also um Situationen, die analog zur passiven Sterbehilfe zu interpretieren sind. Dies ist immer dann der Fall, wenn mit technischen Maßnahmen nur ein Hinausschieben des Todes, aber keine Lebensrettung möglich ist, und es trifft auch zu, wenn keine Aussicht auf selbsttätige Vitalfunktionen (z.B. keine eigene Atmung) besteht. Die „Einbecker Empfehlung" nennt als drittes Kriterium massive Hirnschädigungen, die nicht einmal eine rudimentäre Kommunikationsfähigkeit erwarten lassen.

Der Grund, weshalb ich dieses Thema hier aufgenommen und die übliche klinische Vorgehensweise skizziert habe, ist das unschöne, um nicht zu sagen diffamierende Wort „Früheuthanasie", das bisweilen auch in ganz seriösen und wohl fundierten Veröffentlichungen fast schon mit einer gewissen Selbstverständlichkeit verwendet wird.[44] Es könnte so der unzutreffende Eindruck entstehen, am Lebensanfang würden gezielt und fremden Interessen untergeordnet kranke oder

[44] *Reinhard Merkel*, Früheuthanasie. Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin, 2001; *Miriam Ina Saati*, Früheuthanasie, 2002 (Recht & Medizin 54); *Michael Benedikt Nagel*, Die ärztliche Behandlung Neugeborener – Früheuthanasie, 2006 (Recht & Medizin 79).

behinderte Neugeborene getötet. Nun sind Philosophen in ihren theoretischen Überlegungen völlig frei, aber suggestiven Unterstellungen sollten die Neonatologen entschieden entgegen treten, denn wie wir gesehen haben, kann allein ein „Stimmungsklima" die Realität verändern.

VII. Paradoxien

In regelmäßigen Abständen gibt es im Bundestag fraktionsübergreifende Initiativen zu einer erneuten Reform des § 218a StGB, vor allem, um Spätabtreibungen lebensfähiger Kinder zu vermeiden. Auch hat sich bei vielen Abgeordneten herumgesprochen, dass es mit der Rechtssicherheit bei der Abtreibungspraxis nicht zum Besten steht. Eine Wiedereinführung der embryopathischen Indikation mit ihrer Befristung z.B. auf die 22. Schwangerschaftswoche als sauberste Lösung kommt aus den erwähnten Gründen nicht infrage; deshalb wird diskutiert, bei der medizinischen Indikation nach § 218a Abs. 2 StGB eine Befristung und eine Beratungspflicht einzuführen.[45] Das klingt einfach, ist jedoch faktisch unmöglich: Bei Gefahr für Leib und Leben der Mutter kann die Rettung nicht an eine zeitliche Grenze stoßen, ebenso wenig wie im „echten" Notfall ein Beratungsgespräch mit der Option einer Fortsetzung der Schwangerschaft denkbar ist: Das Konstrukt hat eben auch seine Tücken, durch die das Scheitern von Reformbemühungen vorprogrammiert ist.[46]

Da meine Perspektive hier die medizinethische ist, will ich zum Schluss noch auf die unbefriedigende und eines Rechtsstaats unwürdige Situation hinweisen, in die die Ärzteschaft hineinmanövriert wurde.[47] Ein Element ist die Kind-als-Schaden-Rechtsprechung,[48] die in diesem Band von *Adrian Schmidt-Recla* ausführlich dargestellt und diskutiert wird. In der Konsequenz verleitet sie nicht nur zu immer breiterer und umfangreicherer Pränataldiagnostik, die nicht nur die Kosten

---

[45] Das Fehlen einer stützenden Beratung beklagt auch *Angelika Ganß*, Über psychosoziale Beratung zu Pränataldiagnostik. Frauen zwischen dem Wunsch nach einem gesunden Kind und der Pflicht zu einem nichtbehinderten Kind, 2006.

[46] Andere Länder haben offenbar mehr Mut zu einer klaren Stellungnahme: *Albin Eser/Hans-Georg Koch* (Hrsg.), Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, 3 Teile, 1988-1990.

[47] Als weitsichtig erwies sich die Darstellung von *Eva Schumann/Adrian Schmidt-Recla*, Die Abschaffung der embryopathischen Indikation – eine ernsthafte Gefahr für den Frauenarzt?, MedR 1998, S. 497-504; vgl. auch bereits *Wolfgang Philipp*, Aufgezwungene Pflichtenkollisionen – Frauenärzte im Konflikt, Frauenarzt 1998, S. 167-170.

[48] So z.B. *Anna Grub*, Schadenersatzansprüche bei Geburt eines behinderten Kindes nach fehlerhafter Pränataldiagnostik in der Spätschwangerschaft, Diss. Freiburg 2006. Als Beispiel für das Medienecho zum „Kind als Schaden": Bericht und Interview „Er wird alles verstehen", in: FOCUS 26 (2002), S. 36 f. Nur vier Jahre vorher hatte die viel vorsichtigere, aber Ärzte gleichwohl in Haftung nehmende Formulierung vom „Kind als Schadensquelle" noch Aufregung verursacht, zumal sich Erster und Zweiter Senat des Bundesverfassungsgerichts widersprachen: Deutsches Ärzteblatt 95 (1998), Heft 1-2, C-11; Deutsches Ärzteblatt 95 (1998), Heft 31-32, B-1536 f.; Deutsches Ärzteblatt 95 (1998), Heft 47, C-2102-2103.

steigert, sondern auch eigene und regelhaft verdrängte Risiken in sich birgt, die sie an die Grenzen der ärztlichen Vertretbarkeit rücken.[49] Zweitens führt die Angst vor Haftung zu großzügigen Abbruchempfehlungen, die paradoxerweise als Ausdruck ärztlicher Sorgfalt interpretiert werden, obwohl sie dem ärztlichen Selbstverständnis einer Hilfestellung zur autonomen Entscheidungsfindung zuwider laufen (und wahrscheinlich bei strenger juristischer Bewertung auch nicht ganz unproblematisch sind).[50] Der Vorschlag eines privatrechtlichen Schwangerschaftsbetreuungsvertrags mit Haftungsausschluss, den die Deutsche Gesellschaft für Frauenheilkunde und Geburtshilfe ihren Mitgliedern inzwischen nahe legt, dürfte im Streitfall sicher wenig helfen, wenn sich in den Köpfen die Vorstellung vom gesunden Kind als Garantieleistung (analog zum Verbraucherschutz) festgesetzt hat.

Das ist jedoch noch vergleichsweise harmlos. Viele Ärzte denken, ihnen könne strafrechtlich nichts geschehen, weil sie (vermeintlich) auf dem Boden des Gesetzes handeln. Sie blenden aus, dass die medizinische Indikation überprüfbar sein muss und eben im Konfliktfall auch sein wird. Dass das momentan nicht der Fall ist, ist keine Sicherheit für die Zukunft. Verfolgensinteressen und Deliktdefinitionen können sich schnell ändern, das zeigt die aktuelle Unnachsichtigkeit gegenüber einer jahrelang geduldeten Praxis, die heute als Korruption bezeichnet wird. Ich wundere mich, mit welcher Ruhe die Ärzteschaft unwidersprochen duldet, dass ihr beim Schwangerschaftsabbruch das gesamte strafrechtliche Risiko einer bedenklichen Rechtslage aufgebürdet wird.

Vom Zwang zum Fetozid habe ich schon gesprochen; lebensfähige Kinder töten zu müssen – und das unter einer dubiosen Rechtskonstruktion –, trifft das Selbstbild von Geburtshelfern durchaus ins Mark. Ein noch schwererer Schlag gegen die Ärzteschaft ist die Umdeutung der medizinischen Indikation, denn sie konterkariert die Gewissensfreiheit, die eigentlich geschützt sein sollte. Nach der ärztlichen Berufsordnung (und wohl auch nach allgemeinem Rechtsverständnis) darf niemand zur Durchführung einer Abtreibung gezwungen werden. Eine Ausnahme ist die Notfallsituation der mütterlichen Gefährdung, da Ärzte zur Lebensrettung verpflichtet sind; bekanntlich wird der Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik heute dort eingeordnet. Im ambulanten Bereich kann man sich solchen Anforderungen wohl irgendwie entziehen; wer aber in einer Klinik ange-

[49] Die für eine genetische Testung üblicherweise durchgeführte Fruchtwasserpunktion (Amniozentese) ist mit einem 0,5-1%-igen Risiko behaftet, durch die Manipulation eine Fehlgeburt auszulösen. Dieses Risiko ist erheblich, wenn man bedenkt, dass sie gerade denjenigen Frauen angeboten wird, die wegen ihres „höheren“ Alters vielleicht die letzte Chance ihres Lebens auf ein eigenes Kind haben. Die Wahrscheinlichkeit, „etwas Pathologisches“ zu entdecken, liegt bei reinem Screening ohne Verdacht eine Zehnerpotenz niedriger.

[50] *Vanessa Lux*, Die Pränataldiagnostik in der Schwangerenvorsorge und der Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik. Die ärztliche Diagnose- und Beratungspraxis zur medizinischen Indikation beim Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik. Eine kritisch-psychologische Untersuchung, 3. Aufl. 2007 (IMEW Expertise 3).

stellt ist, dürfte bei Verweigerung schlechte Karten bei einer arbeitsrechtlichen Auseinandersetzung haben.

Noch unklar, aber deswegen nicht ungefährlich sind schließlich die juristischen Folgen, die sich aus medizinischen Abtreibungsrisiken ergeben können und denen gegenüber die Ärzte wegen des wenig verlässlichen Konstrukts nahezu schutzlos ausgeliefert sind: Man darf z.B. gespannt sein, was passiert, wenn eine Frau auf Schadensersatz klagt, weil sie nicht gewusst habe, dass sie nach einem Abbruch als Reaktion auf ein „pathologisches" Resultat einer PND keine Kinder mehr bekommen kann. Dass ein Zivilgericht den Hinweis auf den alternativlosen Notfall im Sinne der medizinischen Indikation akzeptiert, scheint mir wenig wahrscheinlich. Es dürfte eine vollumfängliche Eingriffsaufklärung fordern, wie sie auch sonst üblich ist, und diese muss nicht nur alle typischen Komplikationen, sondern natürlich auch die Alternative des Verzichts auf den Eingriff einschließen – undenkbar bei einer erforderlichen Lebensrettung! Und das ist nur ein Beispiel für eine ganze Reihe denkbarer Szenarien.

VIII. Fazit

Trotz dieses für viele Seiten und aus vielen Gründen unbefriedigenden Gesamtbildes sehe ich keinen politischen Willen für eine Klarstellung, wie es um den Lebensschutz am Anfang menschlichen Lebens nun in Deutschland bestellt sein soll. Ebenso wenig gibt es eine zusammenhängende „ethische Linie"[51] (abgesehen von der Minderheitenposition des konsequenten Lebensschutzes), sondern nur ein Mosaik aus Argumenten unterschiedlicher Provenienz und Dignität, die insgesamt in ihrer Tendenz den „Weg des geringsten Widerstandes" hinsichtlich der gesellschaftlichen Akzeptanz gehen und deshalb auch von schwankenden Stimmungen und Emotionen getragen sind. Sicher muss Politik immer nach tragfähigen Kompromissen suchen, aber überzeugend ist die aktuelle Mischung aus viel Autonomie, wenig Verantwortung, hohem Risiko für eine kleine, medienunerfahrene und zahlenmäßig unter den Wählern vernachlässigbare Gruppe, ein bisschen Lebensschutz, wo es nicht bzw. wieder nur ganz wenigen weh tut, und modischkritischer Distanz zum wissenschaftlichen Fortschritt nicht.

[51] Exemplarisch z.B. *Simone Mantei*, Nein und Ja zur Abtreibung. Die evangelische Kirche in der Debatte um § 218 StGB (1970-1976), 2004 (Arbeiten zur kirchlichen Zeitgeschichte, Reihe B). Eine kritische Darstellung der bioethischen Positionen bei *Axel W. Bauer*, Menschen nach Maß oder Anmaßung der Menschen? Der Schutz Ungeborener und ihrer Würde, ZfmE 44 (1998), Heft 4, S. 279-292; *ders.*, Auf schwankendem Boden. Die Bioethik und ihre Rolle bei der Bewältigung des wissenschaftlichen Fortschritts, in: Ortrun Riha (Hrsg.), Ethische Probleme im ärztlichen Alltag II, 2001, S. 113-130.

Pränatalmedizin und Schwangerschaftsabbruch aus medizinischer Indikation

Hermann Hepp

Jede Schwangerenvorsorgeuntersuchung ist für die Mutter *und* das Kind eine pränataldiagnostische Maßnahme. Nach den Mutterschaftsrichtlinien soll die Pränataldiagnostik (PND) vor allem dazu beitragen, Risikoschwangerschaften frühzeitig zu erkennen und Gefahren für Leben und Gesundheit von Mutter *und* Kind abzuwenden. Im Gegensatz zur Reproduktion ist die PND in Deutschland nicht gesetzlich geregelt. Sie ist jedoch seit 1976 in den Leistungskatalog der Krankenversicherung aufgenommen.

Die Richtlinien der *Bundesärztekammer (BÄK)* zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen benennen als Ziele die Objektivierung und den Abbau von Befürchtungen und Sorgen der Schwangeren hinsichtlich der Gesundheit des Kindes sowie Hilfestellung bei der Entscheidung über Fortsetzung oder Abbruch einer Schwangerschaft.[1]

Mit der Entwicklung vielfältiger, nicht invasiver wie invasiver Methoden ist das Ungeborene für den Geburtshelfer im Falle einer diagnostizierten Erkrankung und/oder Fehlbildung zum Patienten geworden.

Zu den *nicht-invasiven* Verfahren zählen der Ultraschall, die Magnetresonanztomographie (MRT) und Untersuchungen des mütterlichen Blutes.

Das erste morphologische Korrelat eines 17 Tage alten Embryos wird heute wenige Tage nach Ausbleiben der Regelblutung bzw. neun Tage nach der Einnistung des Embryos in die Gebärmutterschleimhaut mittels Ultraschalluntersuchung sichtbar. Man kann hierbei in der hochaufgebauten Gebärmutterschleimhaut die eingenistete Fruchthöhle von 2,6 mm Durchmesser erkennen. Wenige Tage danach wird in der Chorionhöhle der Dottersack erkennbar, dem ein Embryo von 2 mm Länge dicht angelagert ist. Bereits zu diesem Zeitpunkt lassen sich die ers-

1 Wissenschaftlicher Beirat der *Bundesärztekammer*, Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen, Deutsches Ärzteblatt 95 (1998), Heft 50, A-3236.

ten Herzaktionen nachweisen. Am Ende der fünften Woche nach der Empfängnis ist eine c-förmige Gestalt erkennbar, wobei der Kopf mit der Gehirnanlage dominiert. In der zwölften Woche kann man dem Feten in die Augen und auf die Finger sehen. Die Ultraschalldiagnostik lässt nicht nur die fetale Entwicklung erkennen, sondern auch morphologische Veränderungen der fetalen Organsysteme. Wir können eine fetale Fehlbildung und Erkrankung (Bauchwandbruch, Zwerchfellhernie, Verlagerung der Herzachse, Lungendysplasie, Agenesie der Nieren, Zystennieren, Phokomelien, Obstruktionen im Magen-Darmtrakt) visuell erfassen. Der Geübte kann eine diagnostische Sicherheit von 90 % erreichen.

Im Rahmen des sog. Ersttrimester-Screenings werden Ultraschall- und Blutuntersuchungen miteinander kombiniert. Protein- und Hormonbefunde im mütterlichen Blut lassen z.B. in Verbindung mit dem Alter der Patientin und dem ultrasonographischen Nachweis eines Nackenödems beim Embryo oder Föten das individuelle Risiko für eine Trisomie 21 (Down-Syndrom) abschätzen. Die Altersindikation zum Einsatz der non-invasiven Technik der Ultrasonographie (Nackenödem) und der invasiven Amniozentese (Chorionbiopsie) leitet sich aus dem Risikoprofil in Relation zum Alter der Mutter ab: Die 30-jährige Frau hat für die Geburt eines Kindes mit Trisomie 21 ein Risiko von 1:900, mit 35 Jahren von 1:400 und mit 40 Jahren von etwa 1:100.

Zu den *invasiven* diagnostischen Verfahren gehören die Chorionzottenbiopsie, die Amniozentese, die Fetalblutgewinnung durch eine Punktion der Nabelschnur und die fötale Gewebebiopsie.

Vorteil der gegenüber der Amniozentese mit mehr Komplikationen behafteten Chorionzottenbiopsie ist die frühere Verfügbarkeit des Testergebnisses (evtl. sogar vor Abschluss der 12. SSW p.c.). Das Abortrisiko beträgt bei der Chorionzottenbiopsie 2-4 %, bei der Amniozentese 0,5-1 %. Zu berücksichtigen ist bei allen invasiven Techniken immer auch das gesundheitliche Risiko für die Schwangere. Die invasiven Techniken bedürfen daher einer besonders strengen Indikationsstellung.

Bei Einsatz der genannten nicht-invasiven Verfahren in Kombination mit den Blutuntersuchungen lassen sich heute Wahrscheinlichkeitsangaben für bestimmte chromosomale Störungen machen, wodurch die Indikation zur invasiven PND erheblich eingegrenzt werden kann. Etwa 90 % der invasiven PND wird mit dem Ziel des Ausschlusses einer Chromosomenstörung des Kindes – und hierbei vorwiegend der Trisomie 21 (Down-Syndrom) – durchgeführt.

Mittels der genannten nicht-invasiven und invasiven Untersuchungstechniken sind wir heute in der Lage, eine Vielzahl möglicher intrauteriner Erkrankungen vorgeburtlich zu diagnostizieren. Dennoch ist es heute und wohl auch in Zukunft nicht möglich, durch PND alle Krankheiten und Funktionsstörungen des ungeborenen Kindes nachzuweisen oder auszuschließen. Etwa 5 % aller in Deutschland geborenen Kinder sind von einer schweren Krankheit oder Fehlbildung, davon etwa 0,5 % von einer Chromosomenstörung, betroffen.

I. Klinischer Stellenwert der PND

Die PND hat heute zu Recht einen hohen und positiven Stellenwert in der Geburtsmedizin und in der Gesellschaft erhalten. Durch das Erkennen einer ungestörten Embryonal- und Fötalentwicklung können der überwiegenden Zahl der schwangeren Frauen die Sorgen und Ängste vor einem kranken und/oder fehlgebildeten Kind genommen werden. Somit kommt es immer seltener zu einem Abbruchbegehren aus nur anamnestischer Angst. Weitere positive Aspekte sind: die Förderung der Mutter-Kind-Beziehung, die Früherkennung eines zurückbleibenden Wachstums des Kindes aufgrund einer Plazentainsuffizienz, die Diagnostik einer vorliegenden Plazenta mit Blutungsgefahren, die Diagnostik von Fehlbildungen des Kindes mit verschiedenen Optionen – auch von mit dem Leben nicht zu vereinbarenden Fehlbildungen – die Diagnostik von Mehrlingen, die Diagnose einer monochorialen Zwillingsbildung mit der Bedrohung der Kinder durch ein feto-fetales Transfusionssyndrom.

Werden durch die PND Erkrankungen und/oder Fehlbildungen des Ungeborenen entdeckt, ergeben sich verschiedene Forderungen und Optionen. Hierzu gehört vor allem eine intensive Beratung (s.u.), das Abwägen einer möglichen invasiven intrauterinen Therapie, operative Maßnahmen, möglicherweise eine auf die Erkrankung des Kindes abgestimmte Geburtsplanung hinsichtlich Geburtszeitpunkt und Geburtsmodus, sowie die Planung und Vorbereitung der postnatalen Versorgung des Kindes einschließlich evtl. notwendiger kinderchirurgischer Maßnahmen.

Zu unterscheiden sind wenige intrauterin therapierbare Krankheiten – Blutgruppenunverträglichkeit, homogen erbliche Krankheiten, z.B. das autosomal rezessiv erbliche adrenogenitale Syndrom und angeborene Fehlbildungen, wie Harnröhrenstenose, Zwerchfellhernie und postnatal therapierbare Fehlbildungen wie z.B. angeborene Herzfehler – von den mit dem Leben absolut nicht vereinbaren Fehlbildungen, z.B. der Anencephalus (Fehlen des Großhirns bei vorhandenem Stammhirn), das Pottersyndrom (Fehlanlage der Nieren), und den prä- und postnatal nicht therapierbaren genetischen Anomalien, z.B. Trisomie 21 (Down-Syndrom, 1 Fall auf 700 Geburten), Trisomie 13 (1:5000) und Erkrankungen wie z.B. der Myelomeningozele (Zyste im Bereich des Rückenmarks, 2:1000), wobei sich bei sakralem Defekt in 50 % und bei hochsitzendem Defekt in 90 % der Fälle ein Hydrocephalus (Wasserkopf) entwickelt.

II. Beratung, Information und Aufklärung

Im Zentrum der PND steht der informative und über die Beratung nicht selten lebenserhaltende und zunehmend auch intrauterin therapeutische Ansatz. Besteht für das Ungeborene eine therapeutische Option, so sind die Risiken der fötalen Erkrankung gegenüber den Risiken der Therapie für Mutter und Kind abzuwägen, wobei die Interessen der Mutter bzw. der Eltern, des Föten, der Familie und der Gesellschaft zu berücksichtigen sind. Dies gilt in besonders konflikthafter Weise dann, wenn ein Abbruch der Schwangerschaft bzw. die Tötung des Kindes erwogen wird.

Es besteht heute Konsens, dass die PND, insbesondere bei Hinweisen auf eine genetische Erkrankung des Kindes, in eine humangenetische Beratung eingebunden sein sollte. Generell und vor allem bei familiärer Belastung ist eine qualifizierte Beratung *vor* Einsatz pränataldiagnostischer Maßnahmen zu fordern. Erst nach entsprechender fachärztlicher Aufklärung und Beratung ist die schwangere Frau in der Lage, sich für oder gegen eine PND zu entscheiden. Bewusst bleiben muss allen Beteiligten, dass es den Ausschluss aller kindlichen Krankheitsrisiken durch PND nicht gibt. Neben der Information und Aufklärung über die einsetzbaren invasiven und nicht invasiven Techniken mit ihren Risiken muss über die Optionen und Konsequenzen und die Entscheidungskonflikte informiert und beraten werden.

Diese Beratung ist in der Regel besonders zeitintensiv, muss hierbei doch über das klinische Krankheitsbild, die prä- und postnatalen Therapieoptionen, die psychischen und sozialen Folgen für die Schwangere selbst und ihre Familie („Zumutbarkeit") gesprochen werden. Es sind die sozialen und psychologischen Hilfs- und Beratungsangebote einschließlich möglicher Kontaktpersonen und Selbsthilfegruppen sowie die gesetzlichen Vorgaben des § 218a Abs. 2 StGB zu erläutern. Hierbei ist vor allem darauf hinzuweisen, dass die formalen und rechtlichen Voraussetzungen eines Schwangerschaftsabbruchs nicht durch die Erkrankung, Entwicklungsstörung oder Anlageträgerschaft des Ungeborenen erfüllt werden, sondern ausschließlich die Abwendung einer „Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren" die Indikation des Abbruchs begründet, „und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann". Außerdem sind die verschiedenen Methoden des Abbruchs und ihre jeweiligen Risiken sowie die möglichen psychischen Folgeprobleme nach einem Schwangerschaftsabbruch und deren Therapiemöglichkeiten zu erläutern. Die Beratungen und Gespräche sind selbstverständlich zu dokumentieren.

Im Einzelnen sei auf die Stellungnahme der *Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG)* zur Pränataldiagnostik zu verweisen.[2]

Jeder Schwangeren steht dem „Recht auf Wissen" gleichwertig ein „Recht auf Nichtwissen" zu, was sich z.B. in der Ablehnung einer Ultraschalluntersuchung äußern kann. Nichtwissen ist ein zentraler Wert, der Raum für Hoffnung lässt und Freiheit bedeutet.[3] Nichtwissen kann jedoch z.B. bei einer Placenta praevia oder einer schweren Wachstumsretardierung des Kindes zu schwerwiegenden Komplikationen führen.

Zweifellos ist die PND im Bereich der Ultraschalldiagnostik gleichsam zur Routine der Schwangerenvorsorge (s. Mutterschaftsrichtlinien) geworden. Eine schwangere Frau kann sich heute dem Wissen um Risiken für sich und ihr Kind kaum entziehen, wodurch sie unter einen individuellen, aber auch gesellschaftlichen Erwartungsdruck geraten kann, Risiken geradezu ausschließen zu müssen. Ohne Therapieoption für das Kind ist heute in der Regel ein Schwangerschaftsabbruch die Folge.

Ist eine chromosomale oder genetische Störung diagnostiziert, erfolgt die nachfolgende Beratung selbstverständlich interdisziplinär mit dem Humangenetiker und Pädiater. Diese Beratung erfolgt in der Regel mit beiden Eltern. Über das ärztliche Gespräch hinaus hat jede Schwangere einen Anspruch auf kostenlose psychosoziale Beratung nach § 2 SchKG. Es besteht jedoch keine Pflicht zur Beratung nach § 219 StGB.

Neben der Diagnostik pränatal manifester genetischer Störungen und Erkrankungen vermag die molekulargenetische Analyse auch Erkrankungen vorauszusagen, die erst im Laufe des Lebens manifest werden. An geringen Mengen Zellmaterial kann festgestellt werden, ob im genetischen Programm krankmachende Gene vorhanden sind, deren Wirkung erst spät im Leben einsetzt. Hier geht es dann nicht mehr um die mütterliche oder elterliche Belastung (Zumutbarkeit) durch die Krankheit des Kindes, sondern es geht um die Entscheidung gegen den Kranken, gegen den leidenden Menschen selbst, der besser nicht erleben sollte, was ihm sein genetisches Programm befiehlt.[4] Die Zeitspanne der Entwicklung der Erkrankung im nachgeburtlichen Leben soll dem Menschen nicht zugemutet werden. Die Existenz des Menschen, sein Leben, ist durch die Vorstellung der Eltern bedroht, dass Nichtsein besser sei als ein begrenztes Dasein mit Defekt. Das Argument der Nichtzumutbarkeit eines kranken Kindes für die Eltern entfällt. Das Leiden des „Kindes" und dessen Tod vollziehen sich jenseits der elterlichen Fürsorge im Erwachsenenalter.

---

2 *Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG)* (Hrsg.), Positionspapier: Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik, 2003.

3 *Giovanni Maio*, Was ist eine gute Medizin? Zu den Ethischen Fallstricken einer modernen Medizin im Wandel, Der Gynäkologe 2007, S. 755 f.

4 *Traute M. Schroeder-Kurth*, Stand und zukünftige Entwicklung der pränatalen Diagnostik, in: Christoph Fuchs (Hrsg.), Möglichkeiten und Grenzen der Forschung an Embryonen, 1990, S. 35-48.

Diese prädiktive Medizin kann nur hilfreich sein, wenn es spezifische Möglichkeiten der Vorbeugung oder der Therapie gibt. Hat beispielsweise ein Mann oder eine Frau etwa eine stark erhöhte genetische Disposition, einen Altersdiabetes zu entwickeln, kann er dieses Risiko mindern, wenn er Übergewicht meidet. Besteht eine genetische Veranlagung zur Entwicklung eines Dickdarmkrebses, dann kann durch Vorsorgeuntersuchungen gewährleistet werden, dass ein solches Karzinom bereits im Vor- oder Frühstadium diagnostiziert und operativ entfernt wird.

Zweifellos haben die Fortschritte der Pränatalmedizin auch Ansprüche und Begehrlichkeiten geweckt und vertieft. Zunehmend sind wir mit dem „Anspruch auf ein gesundes Kind“ konfrontiert, zu dessen Entwicklung gegebenenfalls ein Schwangerschaftsabbruch in Kauf genommen und von Einzelnen gegenüber dem Arzt sogar im Sinne eines vermeintlichen Rechtsanspruchs postuliert wird. Von einer sich entwickelnden Konsumentenhaltung ist die Rede. Viel Wissen erzeugt gesellschaftlichen Druck auf Patientin und Arzt. Spätestens dann beginnt das ethische Dilemma der Pränatalmedizin. Dieses besteht vor allem darin, dass, wie oben gezeigt, die diagnostischen Möglichkeiten den Chancen einer Vorbeugung und Therapie davon laufen. Die Schere öffnet sich immer weiter.

III. Ethischer Konflikt

In der ethischen Bewertung sind intrauterine diagnostische Maßnahmen mit ihren wenn auch geringen Risiken so lange fragwürdig, wie eine intrauterine Therapie des diagnostizierten Leidens nicht möglich ist und nur die Tötung des Kindes als „Therapie“ folgt.

Bei der in § 218a Abs. 2 Nr. 2 StGB geregelten und bis zum 1.10.1995 gültigen embryopathischen Indikation war gefordert, dass „nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft dringende Gründe für die Annahme sprechen, dass das Kind infolge Erbanlage oder schädlicher Einflüsse vor der Geburt an einer nicht behebbaren Schädigung seines Gesundheitszustandes leiden würde, die so schwer wiegt, dass von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden kann“. Hiermit hob der Gesetzgeber auf die Zumutbarkeit für die Schwangere bzw. für die betroffenen Eltern ab. Die Zurücknahme der Strafandrohung beruhte in verfassungsrechtlicher Sicht ausschließlich auf dem Gedanken der Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens. Nach dem Urteil des zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 28.5.1993[5] und der Neufassung des § 218a StGB wurde im Deutschen Bundestag am 29.6.1995 im Sinne eines politischen Kompromisses die Streichung der embryopathischen Indikation beschlossen und diese dem § 218a Abs. 2 StGB (medizinische Indikation) zugeordnet.

[5] BVerfGE 88, S. 203 ff.

Die Unzumutbarkeitsformel der Kindesindikation findet gleichsam als psychosoziale Notlage Eingang in die mütterlich-medizinische Indikation, die *ohne* ausdrücklichen Verweis auf nicht behebbare Schädigungen des Kindes u.a. „die Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren" als Voraussetzung hat. Das Zumutbarkeitskriterium beinhaltet ausschließlich eine Bewertung durch die Schwangere.

Mit der Subsumtion der embryopathischen unter die medizinische Indikation ist die zeitliche Begrenzung des Schwangerschaftsabbruchs auf einen Zeitraum von 22 Wochen p.c., die Beratungspflicht, die Dreitagesfrist zwischen Beratung und Abbruch sowie die statistische Erfassung dieser Abbrüche entfallen.

Es ist unverständlich, dass in der Gesetzessystematik des reformierten § 218a StGB für die unter die mütterlich-medizinische Indikation subsumierte Kindstötung keine Beratung und auch keine Dreitagesfrist zwischen Beratung und Abbruch gefordert wird, während für rechtswidrige Abbrüche (Fristenregelung bis zwölf Wochen p.c.) die Beratung die entscheidende Voraussetzung für die Straffreiheit ist. Zu fordern ist auch die statistische Erfassung aller Abbrüche nach PND, wobei unter Wahrung des Datenschutzes vor allem die Indikation für den Abbruch, das Schwangerschaftsalter und die nach der Geburt diagnostizierte Fehlbildung zu dokumentieren sind.

Strittig war lange Zeit auch das Weigerungsrecht des Arztes (Freistellungsklausel nach § 12 Abs. 2 SchKG), welches bekanntermaßen bei medizinisch indizierten Abbrüchen nicht greift. Hierbei waren bislang nur Fälle einer unmittelbaren Lebensgefahr der Schwangeren im Sinne der klassischen mütterlich-medizinischen Indikation gemeint. Nach juristischer Interpretation soll dieses Weigerungsrecht auch im reformierten § 218a Abs. 2 StGB erhalten geblieben sein.

Diese mit der Reform der Reform des § 218a Abs. 2 StGB entstandenen konflikthaften Probleme waren ärztlicherseits bereits früh erkannt worden. Eine Arbeitsgruppe des Wissenschaftlichen Beirates (WBR) der *BÄK* hat unter meiner Leitung bereits 1998 in einer „Erklärung zum Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik"[6] eine Revision der unter die medizinische Indikation subsumierten ehemaligen embryopathischen Indikation gefordert. Die Inhalte dieser „Erklärung" wurden in einem Antrag der CDU/CSU-Fraktion unter dem Titel „Vermeidung von Spätabtreibungen – Hilfe für Eltern und Kinder" mit nachfolgenden Drucksachen aufgegriffen.[7] Die Anträge basierten auf der Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts, welches den Gesetzgeber verpflichtet hatte, nach hinreichender Beobachtungszeit auf das von der Verfassung geforderte Maß an Schutz durch Änderung oder Ergänzung der bestehenden Vorschriften und auf

---

6 Wissenschaftlicher Beirat der *Bundesärztekammer*, Erklärung zum Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik., Deutsches Ärzteblatt 95 (1998), Heft 47, A-3013 ff.; abrufbar unter: http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/schwangerpdf.pdf (Oktober 2008).

7 BT-Drs. 15/3948; abrufbar unter: http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/15/039/1503948.pdf (Oktober 2008).

die Sicherstellung des Lebensschutzes durch die Beseitigung etwaiger Mängel hinzuwirken. Die den Antrag unterstützenden Abgeordneten des Bundestages waren 2001 von der Hoffnung getragen, dass im Laufe der Legislaturperiode noch eine parlamentarische Initiative mit dem Ziel einer wirksamen Eingrenzung insbesondere von Spätabtreibungen zum Abschluss gebracht werden könne.

IV. PND und Schwangerschaftsabbruch aus medizinischer Indikation

De jure handelt es sich um ein eindimensionales Gesetz. Die embryopathische Komponente, welche letztlich die mütterlich-medizinische Indikation begründet, wird in der medizinischen Indikation gleichsam „versteckt“.[8] Das Gesetz umgeht das Problem der Selektion sowohl im Hinblick auf die Möglichkeiten der vorgeburtlichen Diagnostik als auch im Hinblick auf die strafrechtliche Bewertung eines damit zusammenhängenden Schwangerschaftsabbruchs, indem es nur auf eine Dimension abhebt: Die Zumutbarkeit der körperlichen und seelischen Belastung für die Mutter bzw. die Eltern und die Gesellschaft. Dieses Bewusstsein soll gerade durch die Neufassung mit Zuordnung zur mütterlich-medizinischen Indikation geschärft und gleichzeitig soll den von den Behindertenverbänden vorgebrachten Vorwürfen der Diskriminierung entgegengetreten werden. Juristisch ist diese Zielsetzung zu verstehen. In einer Gesamtschau des Problemkreises sind wir jedoch mit einem politischen Trick konfrontiert; andere sprechen von einer Mogelpackung. Sicher ist es mehr als eine semantische Irreführung.

Die embryopathische Indikation kann inhaltlich nur dann in der medizinischen Indikation aufgehen, wenn man diese so ausweitet, dass die in der „embryopathischen“ Indikation ruhende zweite Dimension, nämlich die Tötung eines Kindes um seiner Tötung willen, darin Platz hat. Bei der traditionellen medizinischen Indikation ist nicht die Tötung des Kindes das Ziel der Tat. Inhalt dieser Indikation war und ist die Rettung von Leben und/oder Gesundheit der Mutter – was gelegentlich ohne den Tod des Kindes (Leben gegen Leben) nicht möglich ist. Das Ziel ist primär nicht der Tod des Kindes, sondern die Beseitigung der unmittelbaren Bedrohung der Mutter durch die Schwangerschaft. Dieser Zusammenhang wird jedem klar, wenn er sich eine konkrete klinische Situation vor Augen führt: Es gelingt nicht selten, trotz gesundheitlicher Bedrohung der Mutter durch einen, etwa in der 20. SSW diagnostizierten Gebärmutterhalskrebs die Schwangerschaft erst zu beenden – etwa in der 27. Woche –, wenn das Kind eine reelle Chance für ein gesundes Überleben hat. Zum Schutz der Mutter wird die Geburt im Sinne einer Schwangerschaftsbeendigung mittels vorzeitiger Sectio caesarea durchgeführt – in der Hoffnung auf ein lebendes Kind. Sehr viele Mütter würden

8 *Hermann Hepp*, Pränatale Medizin – Qualität des Lebens, Frauenarzt 1996, S. 678-688.

in dieser Situation bei entsprechender eingehender Beratung der Verschiebung der Schwangerschaftsbeendigung bis zur Lebensfähigkeit des Kindes zustimmen und einen Abbruch durch Kaiserschnitt bei nicht lebensfähigem Kind verweigern. Bei der traditionellen medizinischen Indikation ist das Ziel die Rettung der Mutter und wenn irgend möglich auch die des Kindes, oder in einem absolut unlösbaren Konflikt die Tötung des Kindes zur Rettung der Mutter (z.B. Gebärmutterentfernung mit Kind in der 20. SSW).

Bei der embryopathisch bewirkten medizinischen Indikation ist nicht das Ziel, die Mutter aufgrund einer unmittelbaren medizinischen Bedrohung ihrer Gesundheit von der Last der Schwangerschaft, sondern eine in der Regel gesunde Mutter für die Phase *nach* der Geburt von der Last des geschädigten und/oder behinderten Kindes zu befreien. Auf den Tod des Kindes kann nicht verzichtet werden, will man das inhaltliche Ziel (Unzumutbarkeit) erreichen. Dieses Ziel könnte man praktisch auch durch die Tötung des Kindes nach der Geburt erreichen – was jedoch strafrechtlich verfolgt würde, da die Geburt bzw. der Beginn von Eröffnungswehen oder bei einem Kaiserschnitt die Eröffnung des Uterus für die Bewertung der Tötung (noch) eine juristische Zäsur darstellt.[9]

Da die Zumutbarkeitsfrage sich neben der durch die Diagnose einer schweren Behinderung oder Fehlbildung ausgelösten psychosomatischen Belastung während der Schwangerschaft vor allem auch auf die Phase nach der Geburt bezieht, es sich also letztlich um eine schwere psychosoziale Notlage bei in der Regel primär erwünschtem Kind handelt, wird in Zukunft zu begründen sein, warum nicht auch die traditionelle psychosoziale Indikation, welche zur Zeit durch eine Fristenlösung (zwölf Wochen) mit Beratung geregelt wird, eine Auflösung der zeitlichen Begrenzung erfährt – ohne Beratung und auf Krankenschein, denn auch dieses Indikationsfeld zieht die Unzumutbarkeit nach der Geburt (schwere psychosoziale Notlage) zur Rechtfertigung der Kindestötung heran. Mit Blick auf die zweite Dimension – die Tötung eines als krank diagnostizierten Kindes – müssen wir erkennen, dass bei jedem Abbruch aus sog. Kindesindikation – unabhängig von der Indikationszuordnung – immer auch Selektion durch aktive Tötung geschieht, die intrauterin akzeptiert und praktiziert wird. Ich fürchte, dass mit Streichung dieser Indikation und damit auch deren Erkennung (Embryopathie) dieses Bewusstsein immer mehr schwindet. Ist dies sogar gewollt?

Es ist zu vermuten, dass die aufgezeigten klinischen Zusammenhänge und Folgewirkungen in der Eile des politischen Kompromisses nicht bedacht wurden. Auf eine parlamentarische Anfrage hinsichtlich der Position der damaligen Bundesregierung zur intrauterinen Kindstötung (Fetozid) bei anzunehmender extrauteriner Lebensfähigkeit lautete deren Antwort: „Ziel der Behandlung ist demnach die Beendigung der Schwangerschaft aus den genannten Gründen, darf jedoch

[9] Vgl. *Walter Gropp*, Strafrechtlicher Schutz des Lebens vor und nach der „Geburt“ (in diesem Band).

nicht die Tötung des Kindes sein. Der Schwangerschaftsabbruch erfolgt in der Regel durch die Induktion einer Wehentätigkeit.“[10]

Mit diesem sophistischen Ansatz kann man sich politisch, nicht jedoch als Arzt an der Wirklichkeit des Anspruchs auf einen Schwangerschaftsabbruch nach PND vorbeimogeln. Wir alle arbeiten, um die Wirklichkeit der auf ein Subjekt ausgerichteten Tat des Tötens zu verdrängen, mit etwas Objektives beschreibenden Euphemismen: Schwangerschaftsunterbrechung, Schwangerschaftsabbruch, selektiver Abort, Terminierung der Schwangerschaft, Schwangerschaftsbeendigung, Reduktion (bei Mehrlingen). Jeder Schwangerschaftsabbruch (Abruptio) einer Einlingsschwangerschaft ist in seiner Zielsetzung und Wirkung ein Embryo- (bis zur vollendeten 10. SSW p.m.) oder ein Fetozid (ab 10+1 SSW p.m.). Die angewandte Tötungstechnik – Wehenmittelgabe, Sectio oder Injektion von Kaliumchlorid in das Herz des Kindes – ist das Mittel zum vorgegebenen Ziel. Die eingesetzte Technik hat allenfalls unterschiedliche psychologische und ästhetische Aspekte.

Der Arzt könnte den Konflikt für sich und die Mutter mit ausschließlichem Blick auf die Zumutbarkeit lösen, indem er den Abbruch aus psychosozialer Indikation (Mutter/Eltern) durchführt. Die Auslese gesunder und die Tötung kranker Kinder würde dabei gewissermaßen als „Nebenwirkung“ akzeptiert. Für den Arzt als Täter bleibt das ethische Dilemma augenscheinlich. Drei Pole bzw. Autonomien begegnen sich – Mutter, Kind, Arzt. Nach meinem Verständnis ist die Tötung eines ungeborenen Kindes nur über den Ansatz der Notstandshilfe möglich: Verbindung mit der Mutter gegen die von ihr nicht zu tragende Belastung (unzumutbare „Opfergrenze“) durch das wachsende Kind. Nur dieses Verwobensein, dieses sich-Einlassen im tiefsten emotionalen Sinne, eben das Gegenteil des bloßen medizinischen Handelns, kann in ausweglos erscheinender Situation zur Schuldaufnahme im Töten führen. So verstanden kann auch die Verweigerung eines Abbruchs einmal nicht frei von Schuld sein. „Nicht Schuldlosigkeit, sondern die Bereitschaft, Befähigung zur Schuldübernahme [ist] die Bedingung dafür, dass ein Mensch diesen Beruf annehmen darf.“[11]

Die von *Schroeder-Kurth* geäußerte Sorge ist nicht abwegig, dass in unserer Bevölkerung über das Geschehen der pränatalen Diagnostik mit selektivem Abort keine ethische Reflexion stattfindet und sich so etwas wie eine Pflicht zum unbehinderten Kind entwickelt.[12]

---

[10] BT-Drs. 13/5364, S. 13; abrufbar unter: http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/13/053/1305364.pdf (Oktober 2008).

[11] *Hans Grewel*, Medizin am Scheidewege – kritische Anfragen an eine technologisch orientierte Medizin, Ethik Med 5 (1993), S. 170.

[12] Ergänzende Stellungnahme zum Diskussionsentwurf für Richtlinien zur Präimplantationsdiagnostik des Wissenschaftlichen Beirats der Bundesärztekammer – unveröffentlicht.

Durch die Streichung der embryopathischen Kindesindikation und Subsumtion unter die medizinische Indikation hat sich dieser Druck auf die Frauenärzte verstärkt.

Im Vorfeld der Diskussion um die erste Reform des § 218 StGB (1975) habe ich bereits 1972 auf die Gefahr einer Veränderung des allgemeinen Rechtsempfindens gegenüber dem in unserer Rechtsordnung verankerten Grundrecht „Unantastbarkeit des Lebens" hingewiesen.[13] Die Subsumtion der embryopathischen Indikation unter die medizinische Indikation mit all ihren aufgezeigten Folgerungen steht nach meiner Bewertung dem in Art. 2 Abs. 2 GG formulierten „Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit" entgegen. *Peter Singer* hat in konsequenter Logik mit Verweis auf die intrauterin praktizierte und akzeptierte Tötung auf die ethische Inkongruenz zwischen intrauteriner Früheuthanasie und der postpartalen strafrechtlichen Sanktionierung hingewiesen und zur öffentlichen Diskussion seiner These aufgerufen: „Sofern der Tod eines geschädigten Säuglings zur Geburt eines anderen Kindes mit besseren Aussichten auf ein glückliches Leben führt, ist die Gesamtsumme des Glücks größer, wenn der behinderte Säugling getötet wird."[14] Die Euthanasiedebatte wird u.a. auch von dieser Reform neue geistige Impulse erhalten.

Pränataldiagnostik eröffnet noch eine weitere Perspektive: die *Schwangerschaft auf Probe*. Ärzte erleben täglich die klinische Wirklichkeit, dass Paare im Wissen um die medizinischen Möglichkeiten der PND, z.B. bei Bestehen eines deutlich erhöhten Altersrisikos für die Empfängnis eines Kindes mit Down-Syndrom (Trisomie 21), eine Schwangerschaft auf Probe anstreben, erleben und nach „positiver" PND den Schwangerschaftsabbruch durchführen lassen. Die sog. Altersindikation zur PND ist nicht mehr und nicht weniger als die Antizipation dieses Konfliktes. Im ethischen Diskurs ist diese, die Tötung a priori in das Schwangersein einbeziehende Handlungsweise anders zu beurteilen, als wenn die Patientin durch die PND in Not und Panik gerät (Zumutbarkeit) und der Abbruch nach § 218a Abs. 2 StGB die Not wendet.[15]

V. PND und Frühgeburt

Ein wenig beachteter Aspekt ist der Einsatz der PND im Hinblick auf die Prognose der Lebenserwartung des Kindes.

Mit dem Problemfeld der unsicheren Prognose sind wir heute in zunehmendem Maße durch die sich immer mehr nach unten, d.h. auf die 24. Woche p.m. zu

---

13 *Hermann Hepp*, Ärztliche Überlegungen zur Reform des § 218, Stimmen der Zeit 189 (1972), S. 375.

14 *Peter Singer*, Praktische Ethik, 1984.

15 *Hans Bernhard Wuermeling*, Rechtspflichten der Schwangeren für das ungeborene Kind? Bamberger Symposium, 1990, Wissensch.Inf. Milupa.

bewegende Frühgeburtsmedizin konfrontiert. Im Zusammenhang mit der pränatalen Diagnostik bewirken wir gelegentlich selbst diesen Konflikt, wenn es z.B. in Verbindung mit einer Amniozentese zum vorzeitigen Blasensprung kommt und die Patientin spätestens nach zweiwöchiger Bettruhe, etwa in der 20. Woche, den Geburtsmediziner bohrend nach der Prognose der weiteren Schwangerschaft und damit nach der Perspektive des Kindes fragt. Die Diagnostik hat zu einer mütterlichen Bedrohung (Infektion) mit unsicherer Prognose für das Kind (iatrogene Frühgeburt) geführt. Immer öfter werden wir in dieser Situation mit der offenen oder versteckten Aufforderung zum Schwangerschaftsabbruch konfrontiert – gleichsam zur Korrektur der im Zuge der Diagnostik aufgetretenen mütterlichen und kindlichen „Komplikationen", wobei die auf das Kind bezogene „Komplikation" in der aus der Frühgeburt resultierenden ungewissen Prognose (Tod oder Behinderung) besteht. Dies erfahren wir übrigens auch nach einem etwa in der 18./20. Woche erfolgten spontanen vorzeitigen Blasensprung mit nachfolgend drohender Frühgeburt.

Die Akzeptanz der ungewissen Prognose menschlichen Lebens als „Indikation" würde zweifellos weitere Konsequenzen hinsichtlich des Bewusstseins für das Leben nach der Geburt haben.

Eine defensivmedizinische und sich vor Haftungsprozessen fürchtende Position des Arztes wird hier leicht zur Verführung. Bei einer schweren Behinderung des Kindes als Folge der Frühgeburt und/oder einer mütterlichen Bedrohung durch das Amnioninfektionssyndrom hat der Arzt mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Klage zu erwarten. Bei Tötung des Kindes aufgrund der dubiosen Prognose wird eine Klage ausbleiben, handelt der Arzt doch auf Wunsch der Patientin. Die Beratung vor Durchführung der PND hat diese die Mutter und das Kind bedrohenden Konsequenzen und deren Handhabung einzubeziehen.

Mit der bis 1995 gültigen Abbruchgrenze von 22 SSW p.c. oder 24 SSW p.m. sollte einerseits die notwendige Zeitspanne einer sicheren intrauterinen Diagnostik ermöglicht und andererseits verhindert werden, dass im Falle des Abbruchs eine Lebensfähigkeit des Kindes gegeben ist.

Mit Auflassung der Abbruchzäsur 22 SSW p.c. kann sich ergeben, dass die PND eine schwere Krankheit bzw. Entwicklungsstörung zu einem Zeitpunkt nachweist, wenn bereits eine Lebensfähigkeit des Kindes außerhalb des Mutterleibes besteht. Diese besonders konflikthafte Situation beeinflusst die Abbruchmethode. Zur Vermeidung eines lebenden Frühgeborenen, welches eigentlich tot sein sollte, wird heute anstelle der Weheneinleitung mittels Prostaglandin die direkte Tötung mittels Fetozid angewendet (s.u.). Diese Technik wurde zur „Reduktion" höhergradiger Mehrlinge entwickelt. Die Thematik der durch Pränataldiagnose heute schon im ersten Trimenon der Schwangerschaft diagnostizierbaren Zwillin-

ge und höhergradigen Mehrlinge und des Fetozids zur Reduktion der Mehrlingsschwangerschaft wurde an anderer Stelle klinisch und juristisch dargestellt.[16]

Der biomedizinische Fortschritt der Neonatologie hatte schon vor der Reform der Reform (1995) in das o.g. Ziel der gesetzlichen Begrenzung eine Lücke gerissen. In Einzelfällen begegneten sich auch schon vor 1995 Geburtshelfer und Neonatologen, die bei der spontanen Frühgeburt gemeinsam um das Überleben des Kindes gerungen und bei der iatrogen induzierten Geburt eines überraschend lebenden Frühgeborenen diametral entgegengesetzte Ziele verfolgt haben.

Der die Geburt betreuende Arzt und der das lebende Kind übernehmende Neonatologe sind umso intensiver in den Konflikt des Tuns oder Unterlassens geworfen, je näher zum erwarteten Geburtstermin die Beendigung der Schwangerschaft durch Einleitung der Geburt erfolgt.

Der indirekte Fetozid durch Wehenmittelgabe belässt die Eltern und den Arzt im Ungewissen, ob eine iatrogene Frühgeburt i.S. von Leben als „Komplikation" resultiert. Der direkte Fetozid mittels Herzstich (ultraschallgelenkt) und Injektion von Kaliumchlorid gilt als „Prävention" dieser „Komplikation". Ob eine Kaliumchloridinjektion in das Herz des Kindes einen schmerzfreien Sekundentod bewirkt oder zuvor eine intrauterine Anästhesie des Kindes zu fordern ist, wird diskutiert. Auf eine dieses ernste Problem betreffende Stellungnahme der *Bundesärztekammer (BÄK)* von 1991 sei verwiesen.[17]

Die Zahl der Spätabbrüche nach einer PND kann nur geschätzt werden. Nach Subsumtion der ehemals embryopathischen unter die medizinische Indikation ist eine Unterscheidung der Zahl der Abbrüche nach traditioneller mütterlicher Indikation von der Zahl der Abbrüche, die aus Anlass einer schweren Erkrankung oder Fehlbildung des Embryos durchgeführt werden, mangels statistischer Erfassung nicht möglich. Daher kann auch die Zahl der sog. Spätabbrüche nach dem Beginn der 23. SSW p.c. in der BRD nur geschätzt werden. Sie soll zwischen 150 und 250 Abbrüchen pro Jahr liegen.

Die schon immer gestellte Frage wird mit dem lebendgeborenen kranken Kind, welches eigentlich tot sein sollte, transparenter: Warum ist das nachgeburtliche schwerkranke Leben plötzlich dem vollen Rechtsschutz unterstellt, so dass aktives Handeln von Passivität abgelöst wird?

Zumindest in diesem Bereich des § 218a Abs. 2 StGB der medizinischen Indikation eines Spätabbruchs – nach der 24. SSW p.m. – besteht nach Meinung des Wissenschaftlichen Beirats der *BÄK* und der *DGGG* für den Gesetzgeber hoher Handlungsbedarf. Auf der Basis des von der *DGGG* verfassten Positionspapiers „Pränataldiagnostik – Beratung und möglicher Schwangerschaftsabbruch" wurde

---

16 *Hermann Hepp,* Höhergradige Mehrlingsschwangerschaft – klinische und ethische Aspekte, Frauenarzt 2007, S. 440; *Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht der DGGG* (Hrsg.), Fetozid bei Mehrlingen. Stellungnahme aus rechtlicher Sicht, Frauenarzt 2007, S. 504.

17 Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats der *Bundesärztekammer*, Pränatale und perinatale Schmerzempfindung, Deutsches Ärzteblatt 88 (1991), Heft 47, B-2714.

2005 mit dem Wissenschaftlichen Beirat der *BÄK* ein „Vorschlag zur Ergänzung des Schwangerschaftsabbruchsrechts aus medizinischer Indikation“ erarbeitet und der Öffentlichkeit und dem Gesetzgeber unterbreitet.[18]

Gefordert werden die Neueinführung bzw. Ergänzungen des § 218a Abs. 2 StGB; Abs. 2a (neu) soll lauten:

> *Ist die Schwangerschaft so weit fortgeschritten, dass die Möglichkeit extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes anzunehmen ist, ist der Schwangerschaftsabbruch dann nicht rechtswidrig, wenn nach ärztlicher Erkenntnis unter Berücksichtigung des Alters des ungeborenen Kindes und seiner extrauterinen Lebensfähigkeit eine Gefahr für das Leben oder eine unzumutbare Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren besteht und die Gefahr auf andere für die Frau zumutbare Weise nicht abgewendet werden kann.*

In Abs. 2b (neu) wird ergänzend gefordert:

> *Soweit keine unmittelbare Gefahr für das Leben der Frau besteht, hat sich die Schwangere mindestens drei Tage vor dem Schwangerschaftsabbruch nach den Absätze 2 und 2a gemäß § 219a ärztlich beraten zu lassen.*

§ 219 (Beratung der Schwangeren in einer Not- und Konfliktlage) soll in § 219a Beratung der Schwangeren nach § 218a Abs. 2b in Abs. 1 und Abs. 2 neu gefasst werden:

> *(1) Die Beratung dient dem Schutz der Schwangeren und des ungeborenen Lebens. Sie hat sich von dem Bemühen leiten zu lassen, der Schwangeren eine verantwortliche und gewissenhafte Entscheidung zwischen ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigung und dem Fortsetzen der Schwangerschaft zu ermöglichen. Die Beratung soll durch Rat und Hilfe dazu beitragen, die im Zusammenhang mit der Schwangerschaft bestehende Konfliktlage zu bewältigen. Im Beratungsgespräch ist der besonderen Konfliktlage bei möglicher extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes Rechnung zu tragen. Auf das Angebot einer psychosozialen Betreuung vor, während und nach dem Schwangerschaftsabbruch (§ 2 SchKG) muss hingewiesen werden. Das Nähere regelt das Schwangerschaftskonfliktgesetz.*
>
> *(2) Die Beratung nach Abs. 1 erfolgt durch den Arzt, der die Indikation nach § 218a Abs. 2 und 2a zum Schwangerschaftsabbruch stellt. Der beratende Arzt hat der Schwangeren über die erfolgte Beratung eine Bescheinigung auszustellen.*

VI. Präimplantationsdiagnostik und Pränataldiagnostik

Die Präimplantationsdiagnostik (PID) ist nicht Thema des 3. Göttinger Workshops zum Medizinrecht. Im Rahmen dieses Beitrags können nur einzelne Aspekte erneut dargestellt werden.

---

[18] http://www.baek.de/downloads/Vorschlag_Schw_recht.pdf (Oktober 2008); als Anhang abgedruckt.

Die PID kann nicht, wie vielfach geäußert, schlichtweg als eine vorverlegte PND angesehen werden. Zunächst hat die PID das mit körperlichen und seelischen Risiken für die Mutter behaftete Verfahren der In-vitro-Fertilisation zur Voraussetzung. Darüber hinaus weist die PID eine andere ethische Handlungsqualität auf. Die konventionelle PND hat – in der Regel – nicht primär einen selektiven oder sogar eugenischen Ansatz. Im Zentrum der PND steht der informative, über Beratung nicht selten lebenserhaltende und zunehmend auch intrauterin therapeutische Ansatz.

Für Eltern eines genetisch und auf den Tod hin schwer erkrankten Kindes erfolgt – im Gegensatz zur allgemeinen Altersindikation – das Begehren einer PID aus der erlebten Wirklichkeit. Aufgrund der anamnestischen Erfahrung eines genetisch schwer kranken Kindes steht das Lebensrecht des Embryos bzw. Fötus gegen die antizipierte gesundheitliche Gefährdung der zukünftigen Mutter und bewirkt so eine Analogie von Embryoselektion in vitro nach PID und Schwangerschaftsabbruch *in vivo* nach PND, da „die real existierende Schwangerschaft für das Bestehen des Konflikts nicht konstitutiv ist".[19] Für ein Hochrisikopaar ist also der Konflikt auch ohne Schwangerschaft antizipierbar, vergleichbar jenem Paar, welches erst durch die PND in einen Konflikt gestürzt wird.

Es gibt demnach nicht nur die unter Vorbehalt stehende (bedingte) Zeugung bzw. Befruchtung, sondern im Hinblick auf die Möglichkeit der PND auch die unter Vorbehalt stehende Schwangerschaft. Nur bei diesem Ansatz ist die PID tatsächlich eine zeitlich vorverlegte PND – mit anders gearteten und derzeit höheren medizinischen Risiken.

Es kann wohl nicht sein, dass der Gesetzgeber im Bereich der Pränatalmedizin den Schutz der Menschenwürde und des Lebens relativiert und eine Güterabwägung bis zur Geburt zulässt, den Arzt in Beratung und Diagnostik einem immer höheren Haftungsdruck aussetzt, den Lebensschutz für den Embryo in der Präimplantationsphase jedoch absolut setzt:

1. Diagnostik und „Therapie" in vivo in exzessiver Form bis zur Geburt unter haftungsrechtlicher Bedrohung – ja,
2. Diagnostik an der nicht totipotenten Blastomere in vitro und eventuelles Verwerfen des Embryos – nein,
3. Schwangerschaft auf Probe mit Spätabbruch – ja,
4. Zeugung unter Vorbehalt mit Einsatz der PID in Antizipation des Konflikts mit eventueller Unterlassung des Embryotransfers – nein.

[19] *Christiane Woopen,* Präimplantationsdiagnostik und selektiver Schwangerschaftsabbruch – Zur Analogie von Embryonenselektion in vitro und Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik im Rahmen der medizinischen Indikation des § 218a Abs. 2, aus ethischer Perspektive, ZfmE 45 (1999), Heft 3, S. 233, 241.

Bei Zulassung einer Schwangerschaft auf Probe ist es wertungswidersprüchlich, eine Zeugung und Befruchtung auf Probe strafrechtlich zu verbieten. Man kann einwenden, dass eine Schwangerschaft auf Probe in § 218a StGB nicht abgebildet sei, und daher, sollte es diese Praxis geben, diese nicht als Präjudiz herangezogen werden kann.

Die Anerkennung und Zulassung der PID in streng definierten Indikationsbereichen ist mit Blick auf die derzeitige Handhabung der PND nur über eine Güterabwägung bzw. über eine Abwägung des kleineren anstelle des größeren Übels möglich. Legt man den in § 8 ESchG gültigen Status des Embryos zugrunde, ist eine ethische Lösung des antizipierbaren Konflikts nur über den Verzicht auf eine weitere Schwangerschaft, eine Adoption oder die bewusste Annahme des Wiederholungsrisikos eines kranken Kindes mit Austragen der Schwangerschaft möglich.

Unabhängig davon, ob der Gesetzgeber sich in dem seit langer Zeit geforderten Fortpflanzungsmedizingesetz pro oder kontra einer Zulassung der PID ausspricht, wird er sich spätestens dann den Wertungswidersprüchen zwischen dem derzeitig hohen Schutzanspruch *in vitro* im ESchG mit dem Verbot der PID und dem Verzicht auf rechtliche Sanktionierung der Präimplantationsphase *in vivo* in § 218 StGB mit Zulassung von Nidationshemmern und der nicht rechtswidrigen Schwangerschaft auf Probe mit PND und eventuell Schwangerschaftsabbruch (ohne zeitliche Zäsur) stellen müssen.

Schwangerschaftsbetreuung und Haftungsrecht

Die Folgen der „Kind als Schaden"-Rechtsprechung für den Behandlungsvertrag

Adrian Schmidt-Recla

I. Einleitung

Im Juni 2002[1] hat der BGH den Schlussstein in sein System der Schadensersatzverpflichtung von Ärzten wegen der fehlerhaften Geburt von Kindern gesetzt.[2] Nachdem er seit den 1980er Jahren die Pflichten des Operateurs bei fehlerhaften Sterilisationen und fehlgeschlagenen Schwangerschaftsabbrüchen und des Arztes oder Genetikers bei unrichtigen Beratungen ausgebaut hatte, ging es um die Pflichten des niedergelassenen Frauenarztes bei der Erkennung fetaler Fehlbildungen nach der Änderung des § 218a StGB im Jahre 1995 und um die zivilrechtlichen Folgen des Fortfalls der embryopathischen Indikation.[3]

---

1 BGH, Urt. v. 18.6.2002 – VI ZR 136/01, NJW 2002, S. 2636-2639 = MedR 2002, S. 640-643.

2 Die Entscheidung vom 14.11.2006 – VI ZR 48/06, NJW 2007, S. 989-992 dehnt die seit 2002 fallgruppenweise abgeschlossene Rechtsprechung über das Modell des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter „nur" noch auf Dritte, hier den Erzeuger des planwidrig geborenen Kindes, aus.

3 Dazu bereits *Eva Schumann/Adrian Schmidt-Recla*, Die Abschaffung der embryopathischen Indikation – eine ernsthafte Gefahr für den Frauenarzt?, MedR 1998, S. 497-504.

Voraussetzung für die Haftung aufgrund ärztlicher Pflichtverletzung bei fehlerhafter Geburt ist eine kommerzialisierende Entscheidung, die der BGH 1980[4] fällte. Indem der Unterhaltsaufwand, den die Eltern für ein unerwünschtes Kind tragen, theoretisch von der Existenz des Kindes gelöst wurde, gelang es, eine schadensrechtlich relevante Vermögenseinbuße zu destillieren, die nicht durch einen Vorteil aufgewogen wird. Diese Entscheidung und die auf ihr beruhenden Verästelungen sind bis heute umstritten geblieben.[5] Den deutschen Juristen ist es anders als den französischen[6] in nunmehr 28 Jahren nicht gelungen, die fundamentalen Streitfragen einmal auf eine so absurde Spitze zu treiben, dass der Gesetzgeber zum Handeln gezwungen gewesen wäre.

II. Arztpflichten und Pränataldiagnostik im Schwangerschaftbetreuungsvertrag

Ausgangspunkt für Rechte und Pflichten in der Schwangerenbetreuung ist der zwischen Patientin und Arzt/Ärztin geschlossene Dienstvertrag.[7] Er verpflichtet den Arzt zur Behandlung des Patienten entsprechend dem Stand der medizinischen Wissenschaft. Grundsätzlich bestimmen allein die Vertragspartner, welchen Inhalt dieser Vertrag, insbesondere im Hinblick auf pränataldiagnostische Leistungen, haben soll. Anknüpfungspunkt für vertragliche Sekundärrechte neben dem Erfüllungsanspruch ist die Pflichtverletzung, § 280 Abs. 1 BGB, in Gestalt des ärztlichen Behandlungsfehlers.

1. Pränataldiagnostik und Richtlinien

Die Pränataldiagnostik ist Gegenstand mehrerer Regelwerke ärztlicher Organisationen. Kurz ist darauf einzugehen, wie *Richt-* und/oder *Leitlinien* wirken,[8] denn der Gedanke liegt nahe, dass solche ärztlichen Regelwerke den Vertragsinhalt in der Schwangerschaftsbetreuung determinieren könnten.

Dabei sind, weil es zur Qualifizierung von Richtlinien auf die Struktur und Verfasstheit des Organs, das das Regelwerk erlassen hat, ankommt, nur Richtli-

---

4 BGH, Urt. v. 18.3.1980 – VI ZR 105/78, NJW 1980, S. 1450-1452.

5 Am gewichtigsten sind m.E. die Einwände *Eduard Pickers*, Schadensersatz für das unerwünschte Kind („Wrongful birth“), AcP 195 (1995), S. 483-547.

6 Vgl. Cass. Ass. Plén. v. 13.7.2001, Gaz Pal 7/8.9.2001; vgl. dazu *Erwin Deutsch*, Das behindert geborene Kind als Anspruchsberechtigter, NJW 2003, S. 26-28, 27.

7 Auch das Rechtsverhältnis zwischen einem in der GKV versicherten Patienten und einem Vertragsarzt ist privatrechtlicher Natur; s. nur *Gerhard H. Schlund*, Forensische Aspekte in der Schwangerschaft, Zentralbl Gynäkol 126 (2004), S. 132-137, 133.

8 Es gibt dazu umfangreiche Erörterungen; s. z.B. *Robert Francke/Daniela Regenbogen*, Der Schutz des Selbstbestimmungsrechts der Frau bei der Betreuung nach den Mutterschafts-Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen: Rechtsgutachten im Auftrage des Netzwerkes gegen Selektion durch Pränataldiagnostik, 2001.

nien, die von zur Satzungsgebung berechtigten Selbstverwaltungskörperschaften des öffentlichen Rechts erlassen wurden, *Gesetze* im Sinne des § 2 EGBGB.[9] Das ist weder bei den vom Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen erlassenen *Mutterschaftsrichtlinien* noch bei den *Richtlinien des wissenschaftlichen Beirats der Bundesärztekammer (BÄK) zur Pränataldiagnostik* der Fall.[10] Pflichtengenerierende Richtlinien für die Schwangerenbetreuung können nur die Landesärztekammern erlassen.

a) Die Mutterschaftsrichtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen wirken sozialversicherungsrechtlich[11] und greifen weder in die Therapiefreiheit des Arztes[12] noch in die Wahlfreiheit der Patientin ein.[13] Sie verpflichten vielmehr die Kassenärztlichen Vereinigungen öffentlich-rechtlich, die Schwangerenversorgung vereinbarungsgemäß auszugestalten. Ihre Existenz freilich verpflichtet den Arzt, sie zur Kenntnis zu nehmen – unabhängig davon, ob der mit der Patientin abzuschließende Betreuungsvertrag sich daran orientiert oder nicht. Diese Kenntnisnahmepflicht folgt aus der kammerrechtlichen Berufspflicht des Arztes, sich weiterzubilden und über den aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft zu informieren.[14] Sie umfasst die Information über den Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung (anders kann der Vertragsarzt seinen Beruf nicht ausüben) und über die Möglichkeiten der Pränatalmedizin (anders kann er nicht auf dem Stand der medizinischen Wissenschaft behandeln). Hierauf baut die weitere Pflicht auf, die Patientin darüber aufzuklären, welche Möglichkeiten die Pränatalmedizin der Schwangeren nach dem Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung bereitstellt. Nur so kann diese informiert in eine Behandlung einwilligen. Folgerichtig gehört es zu den Sorgfaltspflichten des Arztes, alle für die werdenden Eltern wichtigen Informationen bezüglich der Schwangerschaft zu ermitteln und an diese weiterzugeben.[15] Diese Pflicht trifft unabhängig von den Mutterschaftsrichtlinien alle, auch privat liquidierende Ärzte.[16]

---

9 *Hermann Butzer/Markus Kaltenborn*, Die demokratische Legitimation des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, MedR 2001, S. 333-342, 336 f.; *Oliver Nowak*, Leitlinien in der Medizin, 2002, S. 51, 175 (Gesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB).

10 Ihnen fehlt der Rechtssatzcharakter; *Adolf Laufs*, in: ders./Wilhelm Uhlenbruck (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 5 Rn. 11, S. 57; *Adolf Laufs*, Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts, NJW 1999, S. 1758-1769, 1759; *Nowak* (Anm. 9), S. 49; *Ruth Schimmelpfeng-Schütte*, Richtliniengesetzgebung durch den Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen und demokratische Legitimation, NZS 1999, S. 530-537, 535. Anders BSG, Urt. v. 20.3.1996 – 6 RKa 62/94, BSGE 78, S. 70, 80 f. und BSG, Urt. v. 16.9.1997 – 1 RK 28/95, BSGE 81, S. 54, 63.

11 Vgl. dazu *Adrian Schmidt-Recla*, Pränataldiagnostik und Arztpflichten im Schwangerschaftsbetreuungsvertrag, GesR 2003, S. 138-144, 139 f.

12 Das BSG meint, dass die ärztliche Therapiefreiheit durch die Mutterschaftsrichtlinien nicht verletzt werde, BSG, Beschl. v. 16.5.2001, B 6 KA 30/01 B, unveröffentlicht.

13 *Schmidt-Recla*, GesR 2003, S. 138, 139; *Schlund*, Zentralbl Gynäkol 126 (2004), S. 132, 133.

14 § 4 Abs. 1 MBO-Ä.

15 LG Lübeck, Urt. v. 13.11.1984 – 2 O 611/82, NJW 1985, S. 2197 (LS 1).

16 KG, Urt. v. 2.10.2003 – 20 U 402/01, NJW 2004, S. 691 f., 691.

b) Die Richtlinien der *BÄK* zur Pränataldiagnostik sind Handlungsanweisungen für den sorgfältigen Arzt,[17] spiegeln idealiter den bei ihrer Veröffentlichung gültigen Stand des Wissens wider und sind dem Fortschritt der Wissenschaft anzupassen. Sie sind grundsätzlich zu befolgen, von ihnen darf abgewichen werden, wenn die Umstände des Einzelfalls das erfordern.[18] Sie engen die Therapiefreiheit nicht ein,[19] prägen aber den Standard,[20] indem das Handeln des Arztes nur dann der erforderlichen Sorgfalt entspricht, wenn es die Vorgaben der Leitlinie beachtet.[21] Handelt der Arzt anders, liegt der Schluss nahe, er habe fahrlässig gehandelt. Leitlinien werden so über Rezeptionsnormen relevant, wenn sie die verkehrserforderliche Sorgfalt markieren, konturieren oder fortbilden.[22]

Jedenfalls verpflichten die Leitlinien den Arzt nicht zur Durchführung der Pränataldiagnostik, ebenso wenig verpflichten sie die Patientin zu deren Duldung. Nur wenn beide Parteien wollen, dass die Pränataldiagnostik durchgeführt werden soll, kann die Leistung des Arztes an der Leitlinie gemessen werden.[23]

2. Welchen Zweck verfolgt die Pränataldiagnostik?

Im Folgenden soll keine Lanze für die Abschaffung oder die gesetzliche Begrenzung der Pränataldiagnostik gebrochen werden, wie das mitunter geschieht.[24] Nur Fundamentalisten können die vielen diagnostischen Fortschritte negieren, die die Pränataldiagnostik der Frauenheilkunde und der Geburtshilfe eröffnet hat und die hier aufzuzählen überflüssig ist. Wissen – gleich welchen Inhalt es hat – ist immer und unabhängig davon, ob Adressaten und/oder Dritte sinnvoll damit umgehen können, ein Wert an sich und noch niemals ist die Menschheit gewillt gewesen, auf Erkenntnis zu verzichten. Das schließt nicht aus, dass der Einzelne diesen Verzicht (meist ja nur in Teilbereichen) sehr wohl bevorzugen kann, was wiederum selbstverständlich auch vom Recht zu akzeptieren ist. Den weiteren Erörterungen liegt das Idealbild des mündigen Bürgers als Patient zugrunde – eine Fiktion, auf die das Recht, das in Fragen wie den hier vorliegenden die abstrakt-generelle Handlungsmaxime im Blick hat, nicht verzichten kann.

---

17 *Albrecht Wienke*, Leitlinien als Mittel der Qualitätssicherung in der medizinischen Versorgung, MedR 1998, S. 172-174, 173; *Wolf-Dieter Dressler*, Ärztliche Leitlinien und Arzthaftung, in: Hans Erich Brandner (Hrsg.), Festschrift für Karlmann Geiß zum 65. Geburtstag, 2000, S. 379-388, 379, spricht von *Entscheidungshilfen*.

18 *Wienke*, MedR 1998, S. 172, 173; *Dressler* (Anm. 17), S. 381.

19 *Wienke*, MedR 1998, S. 172, 174; *Dressler* (Anm. 17), S. 383.

20 *Dressler* (Anm. 17), S. 380 f.

21 *Schlund*, Zentralbl Gynäkol 126 (2004), S. 132, 133.

22 *Laufs* (Anm. 10), § 5 Rn. 11, S. 58.

23 Das gilt auch für die von der *AG Medizinrecht der DGGG* ausgearbeiteten Empfehlungen zur Ultraschalluntersuchung in der Schwangerschaft.

24 http://www.bvkm.de/praenataldiagnostik/netzwerk/stellungnahmen/stellungnahme_juni_2006.pdf (Oktober 2008).

Die *Bundesärztekammer (BÄK)* formuliert, die Pränataldiagnostik beinhalte die diagnostischen Maßnahmen, durch die morphologische, strukturelle, funktionelle, chromosomale und molekulare Störungen vor der Geburt erkannt oder ausgeschlossen werden können. Mit ihr sollen die perinatale Morbidität und Mortalität reduziert, und soll das Risiko für spezifisch genetisch bedingte Erkrankungen geklärt werden. Keine Maßnahme der Pränataldiagnostik habe eine eugenische Zielsetzung.[25] Genau das ist ihr Pferdefuß. Weil sie Schäden zwar erkennen, in den Fällen aber, in denen meist um die ärztliche Haftung gestritten wird, nicht verhindern kann, kommt sie eigentlich zu spät – und ungeachtet ihrer vorgeblichen eugenischen Indifferenz soll, so die *BÄK*, die Pränataldiagnostik Schwangeren Hilfe bei der Entscheidung über die Fortsetzung oder den Abbruch der Schwangerschaft geben.[26] Die Pränataldiagnostik schafft damit auch die Voraussetzungen für die Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs.[27]

BÄK und die *Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG)* unterteilen die Pränataldiagnostik, die mittels Ultraschalls vorgenommen wird, in das (ungezielte) Ultraschallscreening und die gezielte Fehlbildungsdiagnostik.[28] Auf beiden Ebenen kommen Fehlleistungen des Arztes vor, bei denen die Frage, ob eine Pflichtverletzung vorliegt, meist wenig umstritten ist. Ein Arzt, der beim von ihm angebotenen Ultraschallscreening z.B. Hinweise auf eine *spina bifida* übersieht und die Schwangere nicht der gezielten Fehlbildungsdiagnostik zuführt, erfüllt nicht den auf DEGUM-Stufe 1 geschuldeten Standard der Behandlung.[29]

3. Inhalt des Schwangerschaftsbetreuungsvertrages

Festzuhalten ist: der Schwangerschaftsbetreuungsvertrag ist darauf gerichtet, Mutter und Kind während der Schwangerschaft ärztlich zu begleiten und die Geburt vorzubereiten. Der Arzt ist verpflichtet, durch Beratung, Behandlung und Untersuchung der Patientin Lebens- und Gesundheitsgefahren von Mutter und Kind abzuwenden, die Patientin auf Gefahren für Mutter und Kind hinzuweisen und Gesundheitsstörungen rechtzeitig der Behandlung zuzuführen. Diesem Ziel dienen auch die im Katalog der Mutterschaftsrichtlinien aufgeführten ärztlichen Leistungen. Nimmt die Patientin die Leistungen der ungezielten Pränataldiagnostik in Anspruch und ergibt diese Anlass zur weiterführenden Diagnostik, dann ist

---

[25] *Bundesärztekammer*, Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen, Deutsches Ärzteblatt 95 (1998), Heft 50, A-3236-3242, A-3238.

[26] *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 95 (1998), Heft 50, A-3236, A-3238.

[27] *Ulrike Riedel*, Kind als Schaden, 2003, S. 122.

[28] *AG Medizinrecht in der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG)*, Ultraschalldiagnostik im Rahmen der Schwangerenvorsorge, Frauenarzt 2004, S. 576-579; *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 95 (1998), Heft 50, A-3236, A-3238.

[29] Vgl. Qualitätsanforderungen an die geburtshilfliche Ultraschalldiagnostik (DEGUM-Stufe 1) im Zeitraum 19 bis 22 Schwangerschaftswochen, 2.3, als pdf-Datei verfügbar unter: http://www.degum.de/fileadmin/user_upload/Qualit_tsanforderungen_DEGUM_I_10.7.2006.pdf (Oktober 2008).

das der Schwangeren mitzuteilen und sie darauf hinzuweisen, dass, wenn sie es wünsche, erweiterte Fehlbildungsdiagnostik möglich sei.[30] Inhalt des Schwangerschaftsbetreuungsvertrages ist, wenn die Mutter das wünscht und die Pränataldiagnostik nach den Mutterschaftsrichtlinien ausdrücklich beansprucht,[31] auch das mit invasiven und nicht invasiven Methoden mögliche Erkennen vorgeburtlicher Schädigungen und die Information der Mutter hierüber.[32] Dem Arzt obliegt es auch, die werdende Mutter über die Voraussetzungen einer Indikationslage und über die Möglichkeit eines Schwangerschaftsabbruchs aufzuklären, wenn die Fortsetzung der Schwangerschaft und/oder die Geburt des Kindes Gefahren für Leben oder Gesundheit der Mutter mit sich bringen.[33]

Damit sind aber die rechtlichen Probleme nicht geklärt. Jetzt erhebt sich die Frage, ob diese Pflicht auch deswegen besteht, weil die Eltern vor der unterhaltsrechtlichen Belastung durch das geborene Kind zu bewahren sind.

III. Haftung im Schwangerschaftsbetreuungsvertrag

Diese Frage beantworten weder Ärzte noch deren Standesvertretungen, sondern die Zivilgerichte. Bei den Genetikberatungs- und Sterilisationsverträgen[34] geht es um Pflichtverletzungen vor der Zeugung; auch das Vertragsziel ist klar: zur Zeugung soll es gar nicht erst kommen. Bei Schwangerschaftsabbruchs- und Schwangerschaftsbetreuungsverträgen[35] geht es um Pflichtverletzungen während der Schwangerschaft bzw. anlässlich des künstlich herbeigeführten Endes derselben.

1. Vertragsziel Geburtsvermeidung

Um in letzterem zur Haftung zu gelangen, vertritt der BGH die Ansicht, dass pränatale Untersuchungen im Rahmen des Schwangerschaftsbetreuungsvertrages auch „zwecks Vermeidung der Geburt eines schwer vorgeschädigten Kindes" durchgeführt würden.[36] Es lässt sich nicht bestreiten, dass diese höchstrichterliche Vertragszieldefinition nicht nur das oben erwähnte Erkennen erfasst – auf das Erkennen folgt das Vermeiden. Grund für diese richterliche Ausweitung des Ver-

---

[30] BGH, Urt. v. 4.3.1997 – VI ZR 354/95, NJW 1997, S. 1638-1640, 1639.

[31] KG, NJW 2004, S. 691; OLG Koblenz, Beschl. v. 20.3.2006 – 5 U 255/06, NJW-RR 2006, S. 967-969, 968.

[32] *Gerda Müller*, Unterhalt für ein Kind als Schaden, NJW 2003, S. 697-706, 703.

[33] In diesem Sinne OLG München, Urt. v. 27.2.1981 – 5 U 2993/80, NJW 1981, S. 2012-2015, 2014.

[34] Der BGH hat 2006 den Typ des „Schwangerschaftsverhütungsvertrages" diskutiert; vgl. BGH, Urt. v. 14.11.2006 – VI ZR 48/06, NJW 2007, S. 989-992. Die Sterilisationsverträge gehören dazu.

[35] *Müller*, NJW 2003, S. 697, 698 erwähnt die 4. Fallgruppe nicht, obwohl sie durch das diskutierte Urteil erst eingeführt wird. Vgl. auch die Zusammenstellung bei *Müller*, aaO, Fn. 11-14.

[36] BGH NJW 2002, S. 2636, 2639 = MedR 2002, S. 640, 643.

tragsinhalts ist die Rechtsfolge, denn für die Pflichtverletzung genügt es ja festzustellen, dass die Pränataldiagnostik dem Erkennen pränataler Schädigungen dient.[37] Sowohl für die Schadensersatzverpflichtung aus § 280 Abs. 1 BGB als auch für die aus § 823 Abs. 1 BGB ist es aber eine von der zivilrechtlichen Dogmatik aufgestellte und in der Rechtsprechung beachtete Voraussetzung, dass nur schädigende Handlungen, deren Vermeidung entweder der Vertrag (bei § 280 Abs. 1 BGB) oder eine allgemeine Verhaltenspflicht (bei § 823 Abs. 1 BGB) gerade bezweckt, zur Einstandspflicht des Schädigers führen.[38]

Indem der BGH pränatalen Untersuchungen den Zweck beilegt, die Geburt schwer vorgeschädigter Kinder zu vermeiden, stellt er den Schwangerschaftsbetreuungsvertrag dem Schwangerschaftsabbruchsvertrag gleich. Damit wird den Vertragsparteien vorgeschrieben, welchen Inhalt der zwischen ihnen geschlossene Vertrag haben soll. Dies gilt gerade für die ungezielte Pränataldiagnostik, deren Durchführung zwar Routine, aber nicht verpflichtende und auch nicht ergebnisorientierte Routine ist.[39] Um es deutlich auszusprechen: Inhalt des Vertrages, den eine Schwangere mit ihrem Arzt/ihrer Ärztin aus Anlass einer Schwangerschaft schließt und in dem sie pränataldiagnostische Maßnahmen in Anspruch nimmt, ist es, schwer vorgeschädigte Kinder nicht lebend zu gebären. Kein Wort weniger fordert der BGH.

Es handelt sich dabei um eine der Absicherung des vermeintlichen Anspruchs auf entweder folgenlose oder aber nach dem Motto *better bodies – better performance – better children* ergebnisorientierte sexuelle Aktivität[40] dienende Auslegung des Schwangerschaftsbetreuungsvertrages, die das Argument *in dubio pro abruptione* fördert,[41] das Definitionsmonopol der Ärzte hinsichtlich des medizinischen Standards gefährdet, dazu neigt, neue Pflichten zu generieren und Bemühungen, eine aus der Pränataldiagnostik herauswachsende Selektionspflicht der Ärzte abzuwehren, unterläuft.

Im Einzelfall kann diese Auslegung etwa auch dazu führen, dass der Arzt einer Schwangeren, die bei Kinderwunsch einem hohen Frühgeburtsrisiko ausgesetzt ist, am Anfang des zweiten Trimenons dazu raten muss, die Schwangerschaft trotz des Kinderwunsches nicht zu erhalten und der Frühgeburt ihren Lauf zu lassen, um nicht bei einem eventuellen Fortbestehen der Schwangerschaft bis zur extrauterinen Lebensfähigkeit des Foetus ein lebensfähiges, aber behindertes Kind zu

---

37 Vgl. *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 95 (1998), Heft 50, A-3236, A-3238; *Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG)*, Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik, Frauenarzt 2002, S. 1412-1421, 1419.

38 Lehrbuchartig OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.2.1995 – 8 U 40/94, NJW 1995, S. 1620 f., 1621. S.a. *Müller*, NJW 2003, S. 697, 698.

39 *Riedel* (Anm. 27), S. 123.

40 Darauf hat schon *Rolf Stürner*, Zur Gerechtigkeit richterlicher Schadenszuweisung, VersR 1984, S. 297-308, bei Fn. 113, hingewiesen.

41 S. dazu *DGGG*, Frauenarzt 2002, S. 1412, 1419 f.: „zur Sicherheit Abtreibung".

erhalten.[42] Dieses Dilemma ist induziert durch die gegenwärtige Fassung des § 218a Abs. 2 StGB.

2. Rechtfertigende Indikation

Warum ist der BGH so weit gegangen? Alles kommt letztlich darauf an, wie der Rechtsgrund, der einen Schwangerschaftsabbruch rechtfertigt, verstanden wird. Die medizinische Indikation in § 218a Abs. 2 StGB hat heute enge Voraussetzungen. Nach dem 1995 vollzogenen, unbefristeten Unterschlüpfen der embryopathischen in die medizinische Indikation[43] kommt es nur darauf an, ob das Austragen des Kindes zu unzumutbaren Belastungen für die gesundheitliche Situation der Mutter führt (Lebens- bzw. schwere Gesundheitsgefahr), denen anders als durch einen Abbruch nicht wirksam begegnet werden kann,[44] was die Mutter vortragen und beweisen muss.[45] Eine *generelle Vermutung* dahin, dass angesichts der zu erwartenden schweren Behinderungen des Kindes sowohl die Gefahr eines Suizidversuchs als auch einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des seelischen Gesundheitszustandes der Mutter zu befürchten ist, existiert nicht. So würde die Prüfung des Tatbestandsmerkmals „Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren" in § 218a Abs. 2 StGB zur Formalie. Das aber würde leicht dem Wunsch nach „Kindern nach Maß" Vorschub leisten – einem Wunsch, dem der BGH in einigen Nichtannahmebeschlüssen, in denen er die hohen Anforderungen von § 218a Abs. 2 StGB betont hat, entgegengetreten ist.[46]

3. Schadensumfang

Die Indikation ihrerseits zeichnet den Umfang des zu ersetzenden Schadens vor. Lange hat der BGH zur medizinischen Indikation nach § 218a Abs. 2 StGB a.F. angenommen, der Schutzumfang des Vertrages erstrecke sich *im Allgemeinen* nicht auf die Bewahrung vor belastenden Unterhaltsaufwendungen, weil die Gefahr für die Schwangere im Fortbestehen der Schwangerschaft, nicht aber im Haben eines Kindes bestehe.[47] Bei der embryopathischen Indikation dagegen lag die Unzumutbarkeitsgefahr in den Belastungen durch die Verantwortung für das behinderte Kind und deswegen erschien eine Unterhaltshaftung des pflichtwidrig handelnden Arztes hier weniger problematisch: Wenn eine Schwangerschaft rechtmäßig beendet werden darf, weil es wegen der Behinderung des Kindes als unzumutbar

---

[42] Vgl. dazu OLG Celle, Urt. v. 2.7.2007 – 1 U 106/06, VersR 2008, S. 123 = MedR 2008, S. 516-519 mit Anm. *Adrian Schmidt-Recla*, MedR 2008, S. 519 f.

[43] Dazu *Schumann/Schmidt-Recla*, MedR 1998, S. 497-504.

[44] BGH NJW 2002, S. 2636, 2639 = MedR 2002, S. 640, 643.

[45] *Müller*, NJW 2003, S. 697, 703.

[46] *Müller*, NJW 2003, S. 697, 703 f.

[47] Vgl. die Übersicht bei *Juliana Mörsdorf-Schulte*, Schutzumfang des Behandlungsvertrags bei versäumter Abtreibung, NJW 2006, S. 3105-3108, 3106.

gilt, dieses Kind großzuziehen, dann ist jede denkbare Belastung durch das „Haben" des Kindes ein Vermögensschaden.[48] Darf aber eine Schwangerschaft rechtmäßig beendet werden, weil die Schwangere bei Fortsetzung (psychisch) krank würde, dann ist vom Schutzzweck des Vertrages nur die Belastung der Schwangeren durch ihre eigene Krankheit gedeckt.[49]

2002, als der BGH erstmals über die zivilrechtliche Haftung im Schwangerschaftsbetreuungsvertrag nach dem SFHÄndG 1995, das in § 218a Abs. 2 StGB nur noch die letztere Indikation anerkannte, zu entscheiden hatte, geriet er in schwere See. Dem Gesetzgeber folgend, der die embryopathische in der medizinischen Indikation auffangen wollte,[50] wandte er sich von seiner bisherigen Rechtsprechung ab[51] und betonte wie erwähnt, dass der Schwangerschaftsbetreuungsvertrag gemäß seinem „vertragliche[n] Schutzzweck auch auf die Vermeidung von Gefahren durch das ‚Haben' des Kindes gerichtet" sei. Die aus der Pflichtverletzung folgende Ersatzpflicht erstrecke sich auch auf den Ausgleich der durch die Unterhaltsbelastung verursachten vermögensrechtlichen Schadenspositionen.[52] So überspielte[53] der BGH den haftungsrechtlichen Unterschied zwischen der medizinischen und der (alten) embryopathischen Indikation und hüllte sich in eben jenen Schleier, mit dem die Begründung des SFHÄndG die Fallkonstellationen der embryopathischen in der medizinischen Indikation auffangen wollte.

Diesen Weg hat der Senat 2006 in einem *„spina bifida"*-Fall erneut hartnäckig bekräftigt.[54] Er verfolgt damit ein regulatives Interesse:[55] Es gehe darum, wer die Kosten für den Unterhalt eines Kindes tragen muss, das nicht für sich selbst sorgen kann und im Fall einer angeborenen schweren Behinderung hierzu auch nie imstande sein wird. Im Interesse des Kindes werden diese Kosten durch das Haftungsrecht in bestimmten Fallkonstellationen dem Arzt aufgebürdet. BGH-Richter halten das für den vom Haftungsrecht zu leistenden Beitrag bei der Lösung von Konflikten, die entstehen, weil natürliche Vorgänge mit technischer Beeinflussung vermengt werden: Ohne die Konstruktion des BGH sei kein Haftungsschuldner vorhanden.[56] *Roma locuta, causa finita*?

---

48 *Das* ist die Grundlage der „Trisomie 21"-Urteile des BGH: BGH, Urt. v. 22.11.1983 – VI ZR 85/82, NJW 1984, S. 658-660 und Urt. v. 7.7.1987 – VI ZR 193/86, NJW 1987, S. 2923 f.

49 *Mörsdorf-Schulte*, NJW 2006, S. 3105, 3106 f.

50 BT-Drs. 13/1850, S. 25 f.

51 Vgl. dazu *Schumann/Schmidt-Recla*, MedR 1998, S. 497-504.

52 Vgl. das Referat des BGH NJW 2002, S. 2636, 2639 = MedR 2002, S. 640, 643.

53 *Mörsdorf-Schulte*, NJW 2006, S. 3105, 3106 f.

54 BGH, Urt. v. 31.1.2006 – VI ZR 135/04, NJW 2006, S. 1660-1662.

55 *Müller*, NJW 2003, S. 697, 706. *Mörsdorf-Schulte*, NJW 2006, S. 3105, 3108 spricht von *social engineering*, das freilich nicht mehr als ein Tropfen auf den heißen Stein sei und auch denen nicht helfe, die einen Schwangerschaftsabbruch trotz ärztlicher Feststellung der Indikation nicht übers Herz brächten oder die nicht mit Suizidgefahr reagierten.

56 *Müller*, NJW 2003, S. 697, 706.

4. Kritik

a) Der das Thema ebenfalls berührende Dissens der Senate des BVerfG soll hier nicht ausgebreitet werden.[57] Bislang hat sich kein Senat des BVerfG zur Haftung im Schwangerschaftsbetreuungsvertrag, in welchem dem Arzt vorgeworfen werden kann, dass seine Pflichtverletzung einen rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch verhindert habe, nicht dass er ihn fehlerhaft ausgeführt habe,[58] geäußert,[59] was wünschenswert wäre – denn auch das Verhindern eines erlaubten Abbruchs hat eben Bezug zu einem Abbruch. Deswegen wäre auch hier zu beachten gewesen, dass der zweite Senat des BVerfG[60] die Kommerzialisierung des Kindes ablehnt.[61] Der BGH wendet ein, er habe nach verfassungsrechtlicher Analyse seine Rechtsprechung zu den Abbruchsverträgen aufrecht erhalten,[62] und die dortigen Argumente gälten auch für Verträge, die nicht ohne Bezug zu einem Schwangerschaftsabbruch gedacht werden können. Auch damit verschleiert er, dass der Abbruch ein anderes Ziel als die Betreuung einer Schwangerschaft hat. Wie inkonsequent die Harmonisierung zwischen Abbruchs- und Betreuungsvertrag ist, zeigt sich auch daran, dass der BGH Schadensersatz nur bei der vertragswidrigen Geburt *behinderter*, nicht aber bei der Geburt *gesunder* Kinder gewährt.[63]

b) Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass mehrere Obergerichte dem BGH noch immer nicht zu folgen bereit sind. Das betrifft zunächst das OLG Hamm, dessen vom BGH 2006 aufgehobene Vorentscheidung gefordert hatte, dass der Grad der Behinderung des Kindes und seine postnatale Entwicklung in einer Abwägung zwischen dem Lebensrecht des Kindes und der Gefahr für die Mutter zu berücksichtigen seien.[64] Darüber hinaus haben sich das OLG Hamm und das KG schon 2001/2002 dafür ausgesprochen, die pränataldiagnostische Haftung des Arztes vorsichtig zu handhaben. Die Pränataldiagnostik sei nämlich nicht darauf gerichtet, *jeden* kindlichen Schaden auszuschließen, sondern möglichst frühzeitig Schwerstschäden zu erkennen.[65]

c) Das OLG Koblenz hat darüber hinaus nun in einem Prozesskostenhilfeverfahren festgestellt, dass ein Schadensersatzanspruch wegen eines infolge ärztlichen

---

[57] Dazu *Eva Schumann/Adrian Schmidt-Recla*, Ersatz des Unterhaltsaufwands für unerwünschtes behindertes Kind, Anm. zu BGH (Urt. v. 18.6.2002 – VI ZR 136/01) MedR 2002, S. 643-647, 644; *Schmidt-Recla*, GesR 2003, S. 138, 143.

[58] Das war der Ausgangspunkt in BGH, Urt. v. 25.6.1985 – VI ZR 270/83, NJW 1985, S. 2749-2752.

[59] So auch OLG Hamm, Urt. v. 5.9.2001 – 3 U 229/00, NJW 2002, S. 2649 f.

[60] BVerfG, Urt. v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90, 4, 5/92, BVerfGE 88, S. 203, 204 (Leitsatz 14), 296.

[61] BVerfG, Beschl. v. 12.11.1997 – 1 BvR 479/92, NJW 1998, S. 519, 522; BVerfG, Urt. v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90 und 4, 5/92, BVerfGE 88, S. 203, 204.

[62] BGH, Urt. v. 16.11.1993 – VI ZR 105/92, NJW 1994, S. 788-793, 791; BGH, Urt. v. 28.3.1995 – VI ZR 356/93, NJW 1995, S. 1609-1611, 1610.

[63] Vgl. die Zusammenstellung bei *Schumann/Schmidt-Recla*, MedR 2002, S. 643, 647, Fn. 31.

[64] OLG Hamm, Urt. v. 29.3.2004 – 3 U 38/03 („*keckes Energiebündel*").

[65] So auch OLG Hamm, Urt. v. 5.9.2001 – 3 U 229/00, NJW 2002, S. 2649, 2650; ähnlich KG, Urt. v. 18.3.2002 – 20 U 10/01.

Fehlhandelns in der Schwangerschaftsbetreuung unterbliebenen Schwangerschaftsabbruchs grundsätzlich nur Nachteile, die aus einer körperlichen oder seelischen Beeinträchtigung der Schwangeren herrühren, kompensiere und Unterhaltsschäden nicht erfasse.[66] Mit dieser Entscheidung, die der Rechtsprechung des BGH offen widerspricht[67] und der klagenden Partei damit im Prozesskostenhilfeverfahren ohne effektive Rechtsschutzmöglichkeiten den Weg zu einem in der höchstrichterlichen Rechtsprechung gebilligten Anspruch verstellt, öffnet das OLG die Debatte wieder dafür, erstens die Spaltungsthese, wonach Kind einerseits und Kindesunterhalt andererseits zwar einen Kausalzusammenhang darstellten, die Wirkung (Unterhalt) aber unabhängig von der nicht wegzudenkenden Ursache (Kind) schadensrechtlich beurteilt werden dürfe, jedenfalls für den Schwangerschaftsbetreuungsvertrag zu überwinden, zweitens dem tatsächlichen Unterschied zwischen Schwangerschaftsbetreuung und Schwangerschaftsabbruch Rechnung zu tragen und drittens den Schleier zu heben, der seit 1995 über der embryopathischen Indikation liegt.

Ist das aufgrund einer ärztlichen Fehlleistung geborene, behinderte Kind die Quelle für die Krankheit der Mutter, dann kommt neben den Behandlungskosten, die der Mutter zur Therapie der Krankheit entstehen, ein Ausgleich des immateriellen Schadens nach § 253 Abs. 2 BGB in Betracht, nicht aber die komplette Überwälzung der finanziellen Unterhaltsverpflichtung auf den Arzt.[68] Der BGH hat – obwohl dieser Weg in den 1980er Jahren zur Genüge aufgezeigt wurde[69] – die kommerzialisierende unterhaltsrechtliche Lösung gewählt und setzt auf dieser selbst erfundenen schiefen Ebene zögernd einen Fuß vor den anderen. Für das schadensrechtliche Differenzdenken wenig überzeugend ist es auch, wenn Eltern, die ein gesundes Kind hätten bekommen wollen, aufgrund der ärztlichen Pflichtverletzung aber nun ein geschädigtes oder behindertes Kind pflegen und erziehen, der gesamte Unterhaltsschaden nebst dem behinderungsbedingten Mehraufwand zugesprochen wird. Auch hier ließen sich mit einer Umkehr hin zum immateriellen Schadensersatz stimmigere Ergebnisse erzielen.

Beim Schmerzensgeld kann der Unterhaltsaufwand (und beim behinderten Kind der behinderungsbedingte Mehraufwand) freilich ein Bemessungskriterium sein, nämlich dann, wenn sich mit dem Schmerzensgeld freie Zeit und Mittel zur Verschaffung von zusätzlichen Annehmlichkeiten für die Mutter finanzieren lassen.[70] So zeigt sich, dass die vom BGH gepflegte Fassade des Unterhaltsschadens seit je Risse hat und dass problematische Kommerzialisierungen wenigstens in Teilbereichen vermieden werden können, wenn die gesetzgeberische Öffnung des

---

66 OLG Koblenz, NJW-RR 2006, S. 967, 968.

67 So auch *Mörsdorf-Schulte*, NJW 2006, S. 3105, 3106.

68 Ähnlich *Riedel* (Anm. 27), S. 132.

69 Z.B. v. *Uwe Diederichsen*, Unterhaltskosten als Vermögensschaden, VersR 1981, S. 693-696, 696 und *Stürner*, VersR 1984, S. 297-308, bei Fn. 115 f.

70 Vorschlag von *Mörsdorf-Schulte*, NJW 2006, S. 3105, 3107.

Vertragsrechts für das Schmerzensgeld in der Schadensrechtsreform von 2001 in Betracht gezogen würde. Wenn der Fokus des Haftungsrechts wieder verstärkt darauf gerichtet würde, welche Beeinträchtigung der fehlerhaft handelnde Arzt gegenüber der Schwangeren selbst setzt, dürfte das Schmerzensgeld das geeignete Ausgleichsmittel sein und dem Parteiwillen am ehesten entsprechen: Denn die Klage um den Kindesunterhalt wird von allen Beteiligten nur als ein ungeliebtes Mittel zum Zweck empfunden.[71]

Da die unterhaltsrechtliche Lösung eine Ersatzpflicht des pflichtwidrig handelnden Arztes nur vorsieht, solange die unterhaltspflichtigen Eltern leben, den Ersatzanspruch damit seit jeher faktisch auf die Eltern konzentriert und dem Kind einen eigenen Anspruch verwehrt, bestehen auch keine sich aus wirtschaftlichen Überlegungen ergebenden Bedenken dagegen, mit der Rechtsfolge Schmerzensgeld die Rechtsgutverletzung eben nicht in der Vermögensbeschädigung, sondern in der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Eltern zu erblicken.

IV. Schluss

Am hier umrissenen Vertragsinhalt des Schwangerschaftsbetreuungsvertrages ist festzuhalten. Er bezweckt, die Schwangere – eventuell unter Berücksichtigung der Mutterschaftsrichtlinien und der Anforderungen an die jeweilige Pränataldiagnostik – bis zur Geburt des Kindes ärztlich zu begleiten. Der Arzt ist nicht verpflichtet, die Geburt eines behinderten Kindes zu vermeiden, nachdem er eine Schädigung diagnostiziert hat. Er schuldet vollständige und richtige Aufklärung, Beratung und Behandlung der Schwangeren und des Ungeborenen. Die Mutter ist über die diagnostischen Erkenntnisse zu informieren.[72] Wie sie mit diesen Erkenntnissen umgeht, ist keine Frage der den Arzt aus dem Schwangerschaftsbetreuungsvertrag treffenden Pflichten.[73] Deswegen ist eine Haftung für den *Kindesunterhalt* mit dem OLG Koblenz nach geltendem Recht in diesen Fällen abzulehnen.

Darüber hinaus brauchen wir, auch wenn diese Forderung politisch derzeit wenig opportun erscheint, aus Gründen der Ehrlichkeit und der Realitätsnähe des Rechts wieder eine befristete embryopathische Indikation in § 218a StGB oder aber eine generelle Neujustierung der Abgrenzung zwischen dem Schwangerschaftsabbruch und den Tötungsdelikten etwa im Sinne des von *Walter Gropp* vorgeschlagenen Modells.[74]

---

[71] S. *Oliver Tolmein*, Wir tun alles nur für den Sebastian – Wie vor dem Bundesgerichtshof über ein behindertes Kind verhandelt wurde, das Juristen als Schaden gilt, FAZ Nr. 140 v. 20.6.2002, S. 54.

[72] *Riedel* (Anm. 27), S. 123.

[73] Im Ergebnis wohl ebenso *DGGG*, Frauenarzt 2002, S. 1412, 1419.

[74] Vgl. *Walter Gropp*, Strafrechtlicher Schutz des Lebens vor und nach der „Geburt“, in diesem Band.

Es gibt in der Tat nur wenige Bereiche der Rechtsordnung, in denen alle Beteiligten so anhaltend, vehement und wider besseres Wissen um den heißen Brei herumreden, wie den Kindsmord und den Schwangerschaftsabbruch. Die Fristenlösung in § 218a Abs. 1 StGB ist erstens ein von den Tatsachen im säkularen Staat erzwungener Kompromiss. Es ist entlarvend und der pluralistischen Demokratie hierzulande unwürdig, welch sophistische Konstruktion mit dem „Tatbestandsausschluss bei rechtswidrigem Tun" um diese Tatsachen herumgebaut worden ist. Klagen aus *wrongful life* stützen sich zweitens *immer* auf die Belastungen durch das Haben des Kindes – niemand kann davor die Augen verschließen – und es ist nicht weniger entlarvend, mit welcher Mühe die medizinische Indikation hier verbogen wird, um in Bundestagsdrucksachen und in Urteilen den Anschein zu wahren, es ginge nicht um eben diese Belastungen. Die zivilrechtlichen Verschleierungen, die der BGH seit dem Verschwinden der embryopathischen Indikation genötigt ist zu unternehmen, zeigen ebenso wie die absurde Fetozid-Debatte bei Spätabbrüchen im Strafrecht[75] deutlich, dass der Gesetzgeber des SFHÄndG des Jahres 1995 – m.E. ohne es zu merken (!)[76] – über das Ziel hinausgeschossen ist.

Das Recht des Schwangerschaftsabbruchs ist nicht zuletzt im Zivilrecht ein Pro-krustesbett, in das die haftungsrechtliche Dogmatik nicht noch länger eingezwängt bleiben sollte. Wer den von *Ruth Schimmelpfeng-Schütte* seit Jahren vorgeschlagenen pränatalen Hilfefonds[77] ablehnt, der sollte mindestens über Alternativen zur unterhaltsrechtlichen Lösung nachdenken.

---

75 Dazu das Wesentliche schon bei *Schumann/Schmidt-Recla*, MedR 1998, S. 497, 500 f.

76 Vgl. die Nachweise aus der relevanten Bundestagsdebatte bei *Schumann/Schmidt-Recla*, MedR 1998, S. 497, 499 f., bei Fn. 30. Ignoranz herrscht auch hier: Die Äußerungen der debattierenden Parlamentarier belegen eindeutig die Absicht der *Abschaffung* der embryopathischen Indikation. In der amtlichen Begründung zum SFHÄndG tauchte dagegen die Formulierung auf, die Fallkonstellationen der embryopathischen sollten von der medizinischen Indikation *aufgefangen* werden (BT-Drs. 13/1850, S. 51). Bis heute ist dem Verf. unklar, wer der Urheber dieses Satzes ist. Aus der offensichtlichen Differenz zwischen Abschaffen und Auffangen lässt sich manches Beunruhigendes lernen – aber sicher kein eindeutiger Gesetzgeberwille ableiten, die Fälle der embryopathischen in die medizinische Indikation *einzubeziehen*; so aber *Müller*, NJW 2003, S. 697, 704.

77 Vgl. die Anhörung *Schimmelpfeng-Schüttes* am 16.2.2005 vor dem Bundestagsausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, BT-A.-Drs. 15(12)425-A zu BT-Drs. 15/3948 und BT-Drs. 15/4148.

Schlusswort: Quo vadis?

Gunnar Duttge

I. Ideal der Widerspruchsfreiheit und Realität des Abtreibungsrechts

Die verhaltenssteuernde Kraft des Rechts setzt die Unverbrüchlichkeit und Stetigkeit seiner Sollenssätze voraus, was durch Inanspruchnahme sich hierauf gründenden Rechtsvertrauens erst die Möglichkeit des Planens und Disponierens in die Zukunft hinein schafft, also bewirkt, dass das Leben mehr ist als eine Folge von schicksalhaft erlebten Augenblicken.[1] Mit seinem Anspruch auf allgemeine Gültigkeit und damit Gleichbehandlung vergleichbarer Lebenssachverhalte ist dem Recht aber zugleich ein Minimum an „Gerechtigkeit" wesensimmanent – in den Worten des Rechtsphilosophen *Gustav Radbruch*: „Es gehört ebenso sehr zum Begriff des richtigen Rechts, positiv zu sein, wie es Aufgabe des positiven Rechts ist, inhaltlich richtig zu sein."[2] Die „Richtigkeit" als zentrale Forderung der „Rechtsidee" kann freilich stets nur eine relative, von den Grundwertungen (der „Kultur") einer Gesellschaft und den Anforderungen der Zeit (dem „Zeitgeist") abhängige Größe sein, was gleich einem „Motor" erst die Dynamik der Rechtsentwicklung, mithin den „evolutionären" Charakter des Rechts hervorbringt. Die Anpassung an neue Situationen bzw. an veränderte Werthaltungen bildet eine nie endgültig zum Abschluss zu bringende Aufgabe der Rechtsgemeinschaft, die verantwortungsbewusst nur „in intrasystematischer, alle gemachte Rechtserfahrung verarbeitender Weise geschehen" kann.[3] Denn nur unter der Voraussetzung einer übergreifenden „Einheit" lässt sich sinnvoll überhaupt von einer Rechts-

---

1 *Jeremy Bentham*, Works (hrsg. von John Bowring), 1859, Bd. I, S. 302 ff., zit. nach *Gustav Radbruch*, Der Zweck des Rechts, 1937, abgedr. in: Der Mensch im Recht, 3. Aufl. 1969, S. 88, 97 f. (ebenfalls in: Arthur Kaufmann [Hrsg.], Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe, Bd. 3: Rechtsphilosophie III, 1990, S. 39, 46): „Sie bewirkt, dass eine Kette der Voraussicht und Vorsorge unser gegenwärtiges und unser zukünftiges Leben verbindet […]".

2 *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1934, S. 69 f. (auch in: Arthur Kaufmann [Hrsg.], Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe, Bd. 2: Rechtsphilosophie II, 1993, S. 209, 303).

3 Vgl. *Okko Behrends*, Rudolf von Jhering und die Evolutionstheorie des Rechts, in: ders. (Hrsg.), Privatrecht heute und Jherings evolutionäres Rechtsdenken, 1993, S. 7, 35 f.

„Ordnung" sprechen, der demzufolge die „innere Stimmigkeit" der einzelnen Rechtssätze und „rationale Folgerichtigkeit" der im Akt der „Konkretisierung" gezogenen Folgerungen jedenfalls als rechtslogisches, wenn nicht sogar rechtsethisches Postulat immanent ist. Die vielzitierte „Einheit der Rechtsordnung"[4] stellt in diesem Lichte „nichts anderes dar als die Verwirklichung der generalisierenden Tendenz der Gerechtigkeit"[5].

In ihrer „negativen Komponente" bildet die Forderung nach Widerspruchsfreiheit den Kern des gleichheitsverbürgenden Postulats einer „geistigen Einheit des rechtlichen Sollens", die nach der wegweisenden Studie von *Karl Engisch* nicht nur durch „technische" (terminologische) und direkte Normwidersprüche, sondern auch durch Wertungs- und Prinzipienwidersprüche „gestört" wird,[6] bei denen der Gesetzgeber einer von ihm selbst gezogenen oder der Rechtsordnung immanenten (Grund-)Wertung „nicht treu bleibt". Vor dem Hintergrund des Gleichheitsgebotes können diese niemals hingenommen werden; vielmehr hat der Jurist „sein gesamtes methodisches Arsenal einzusetzen", um den nötigen „Wertungsgleichklang" möglichst schon im Wege der Auslegung schöpferisch herzustellen;[7] wo eine solche Harmonisierung im Wege der Rechtsinterpretation mit Rücksicht auf die Gesetzesbindung richterlicher Gewalt (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht möglich ist,[8] bleibt jedenfalls der Gesetzgeber aufgerufen, die innere Folgerichtigkeit der Einzelaussagen der Rechtsordnung (wieder-)herzustellen, die erst die Überzeugungs- und Wirkkraft des Rechts gegenüber den Normadressaten begründet.[9] Denn mit der Anwendung eines einzelnen Rechtssatzes geht, da die Rechtsordnung aus einem komplexen Gefüge von miteinander verflochtenen

4 Aus der jüngeren Vergangenheit hierzu näher *Manfred Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung. Bedeutungen einer juristischen Formel in Rechtstheorie, Zivil- und Staatsrechtswissenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts, 1995; *Dagmar Felix*, Einheit der Rechtsordnung. Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, 1998.

5 *Claus-Wilhelm Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1982, S. 16 f.

6 *Karl Engisch* benennt daneben noch die „teleologischen Widersprüche", gemeint in dem Sinne, dass „der Gesetzgeber bestimmte Zwecke anstrebt, ohne aber die unerlässlichen Mittel zu wollen", oder „ein Verhalten als Mittel anordnet, ohne doch eigentlich den dabei allein in Frage kommenden Zweck zu wollen"; näher in: Die Einheit der Rechtsordnung, 1935 (Neudruck 1987), S. 63.

7 Zutreffend *Canaris* (Anm. 5), S. 116, der jenseits der Grenzen zulässiger Auslegung auch die Möglichkeit nichtiger Rechtssätze – weil gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz verstoßend – anerkennt (S. 125 ff.); in diese Richtung auch *Helge Sodan*, Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, JZ 1999, S. 864 ff.; tendenziell gegenläufig aber BVerfGE 59, S. 36, 49; 61, S. 138, 149; 75, S. 382, 395 f.; 76, S. 130, 140: keine Verfassungswidrigkeit allein unter dem Gesichtspunkt der Systemwidrigkeit.

8 Vgl. *Bernd Rüthers*, Rechtstheorie, 3. Aufl. 2007, Rn. 704 ff.; zur rechtstheoretischen Grundproblematik *Klaus F. Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, § 54 I: „Ob ein Wertungswiderspruch vorliegt [und ergänzend: wie ein solcher aufzulösen ist, G.D.], ist selbst wiederum von einer Wertung abhängig".

9 Siehe *Paul Kirchhof*, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, 1978, S. 8 f.

Einzelbestimmungen besteht, implizit stets die Anwendung der gesamten Rechtsordnung einher.[10] Inkonsistenzen heben infolgedessen die friedensstiftende Kraft des Rechts und letztlich seinen Geltungsanspruch auf.

Blickt man vor diesem Hintergrund auf die gesetzlichen und richterrechtlich entwickelten Regelungen allgemein zum erlaubten Umgang mit ungeborenem Leben in vivo und insbesondere zur Rechtslage im Falle eines „fehlgeschlagenen" Schwangerschaftsabbruchs, so begegnen Wertungswidersprüche von solchem Ausmaß, dass sich das Recht von Grund auf diskreditiert sehen muss. Dies beginnt schon im Prinzipiellen mit der (scheinbaren) Anerkennung eines vollgültigen Lebensrechts des Fötus (jedenfalls) ab dem Zeitpunkt seiner Nidation mit der normenhierarchisch höchsten Geltungskraft innerhalb des innerstaatlichen Rechtssystems (erinnert sei an die schöne Formulierung in BVerfGE 88, S. 203, 252: „Leben, das […] sich nicht erst *zum* Menschen, sondern *als* Mensch entwickelt") und der gleichzeitigen Hinnahme (dem Namen nach) rechtswidriger Tötungen allein aufgrund Absitzens einer – euphemistisch so genannten – „Schwangerschaftskonfliktberatung" und nachfolgender Erklärung der Schwangeren, dass ihr die Fortsetzung der Schwangerschaft noch immer „unzumutbar" sei. Da am Ende der „ergebnisoffen" zu führenden Beratung zwingend, d.h. in jedem Falle, das Ausstellen der für den Abbruch benötigten Bescheinigung steht (§ 219 Abs. 2 S. 2 StGB; § 7 SchwkG)[11] und die – u.U. anonym bleibende (vgl. § 6 Abs. 2 SchwkG) – Schwangere nicht einmal die Gründe für ihre Absichten zu benennen braucht (vgl. § 5 Abs. 2 Nr. 1 a.E. SchwkG)[12], fehlt es an jedweder Kontrollmöglichkeit darüber, ob es sich überhaupt um eine – noch dazu die zumutbare Opfergrenze übersteigende – „Konflikt"- bzw. „Notlage" handelt, über die „verantwortlich und gewissenhaft" zu befinden der Schwangeren doch von Rechts wegen aufgegeben ist (§ 219 Abs. 1 S. 2-4 StGB). Dass sich überdies längst nicht alle Beratungsstellen in dienender Funktion gegenüber dem ungeborenen Leben (§ 5 Abs. 1 S. 3 SchwkG) „von dem Bemühen leiten lassen, die Frau zur Fortsetzung der Schwangerschaft zu ermutigen", und zwar in unmissverständlicher Verdeutlichung der (Verfassungs-)Rechtslage, wonach „das Ungeborene in jedem Stadium der Schwangerschaft auch ihr gegenüber ein eigenes Recht auf Leben hat" (§ 219 Abs. 1 S. 1-3 StGB), ist inzwischen kein Geheimnis mehr.[13] Wenn dann nicht

---

[10] *Arthur Kaufmann*, Geleitwort zu Engisch (Anm. 6), S. V.

[11] Nach § 7 Abs. 3 SchwkG darf die Beratung nicht die Beachtung der in § 218a Abs. 1 StGB vorgesehenen Fristen unmöglich machen, so dass die Bescheinigung u.U. selbst bei noch fortbestehendem Beratungsbedarf schon vorzeitig ausgestellt werden muss!

[12] Siehe dagegen zur „Unerlässlichkeit" einer Mitteilung der Gründe BVerfGE 88, S. 203, 284 f., 307.

[13] Nähere Hinweise zum Selbstverständnis ausgewählter Träger der Schwangerschaftskonfliktberatung bei *Bernward Büchner*, Erfahrungen der Bundesländer mit der Schwangerenberatung, ZfL 2005, S. 70 ff.; s. auch *Dieter Ellwanger*, Praktische Erfahrungen mit dem Schwangerschaftskonfliktgesetz, ZfL 2005, S. 76: „Aus den Aufzeichnungen und Berichten der Einrichtungen nach § 10 SchwkG, Verlautbarungen der Trägerverbände […], Befragungen beratener Frauen durch

einmal die zuständigen Landesbehörden ihrer Prüfungspflicht nach § 10 Abs. 3 SchwkG nachkommen,[14] kann nicht einmal mehr ansatzweise noch von einem „Lebensschutz"-Konzept, sondern muss von einer in Rechtsform gegossenen Überantwortung des Lebensrechts Ungeborener an die schwangere Frau zur weitgehend beliebigen Handhabung und Ermöglichung einer „Selbstindikation"[15] nach freiem Ermessen gesprochen werden, was jedoch von der Rechtspolitik mit Hilfe von Euphemismen (z.B. „Schwangerschaftsunterbrechung", „Reduktion" [bei Mehrlingen]) und sophistischen Überlegungen beredt verdrängt wird (vgl. auch in diesem Band *Hepp*, S. 72 ff.; *Riha*, S. 45 ff., 64). Die verheerenden Folgen für die Rechtskultur im Ganzen – man denke nur an die vielfältigen Versuche, aus dem Abtreibungsrecht Konsequenzen für den Status von Embryonen in vitro zu ziehen – wie insbesondere auch für das ärztliche Selbstverständnis (siehe § 12 Abs. 1, 2 SchwkG)[16] sind schon zur Genüge beschrieben worden. Wie etwa einerseits mit der inzwischen zur Routineuntersuchung gewordenen PND in immer weiter gestecktem Ausmaß nach möglichen Befundtatsachen für einen erlaubten Schwangerschaftsabbruch gesucht werden darf, während andererseits die Vornahme eines „Gen-Checks" in vitro vor Implantation des Embryos (PID bzw. PGD) nach vorherrschender Interpretation des ESchG strikt verboten sein soll,[17]

---

diese Verbände und sozialwissenschaftliche Untersuchungen geht hervor, dass […] viele Beratungsstellen ein […] Selbstbestimmungsrecht der Frau über die Verfügbarkeit des ungeborenen Lebens zum Ausgangspunkt ihrer praktischen Arbeit nehmen, dies den Frauen oftmals als Einstieg ins Beratungsgespräch auch ausdrücklich erklären und so bei ihnen eine Akzeptanz dergestalt herstellen, dass der Frau jedenfalls der Eindruck vermittelt wird, sie allein […] sei gewissermaßen Herrin des Verfahrens."

14 Vgl. den selbstkritischen Erfahrungsbericht von *Ellwanger*, ZfL 2005, S. 76, 77: „[…] dass die Beratungsstellen mit Duldung und Zulassung der Anerkennungs- und Prüfbehörde die Aufzeichnungen in aller Regel lediglich stichprobenartig (etwa je zehn pro Einrichtung innerhalb von drei Jahren) zur Vorlage an die Behörde selbst auswählen. Nicht etwa wählt die Behörde aus. Dabei verwenden die Beratungsstellen Formulare, die abstrakt-typisierte Konfliktlagen beschreiben, deren Vorhandensein jedenfalls in aller Regel nur durch Ankreuzen eines ‚Kästchens' bejaht oder verneint wird; also beispielsweise so, dass der im Vordruck verzeichnete abstrakte Begriff ‚Beziehungs- und Partnerschaftsprobleme' einem Kästchen zugeordnet ist und ohne weitere schriftliche Darlegung der konkreten Situation der Frau dieses Kästchen ‚abgehakt' wird."

15 *Herbert Tröndle*, Das „Beratungsschutzkonzept" – Die Reglementierung einer Preisgabe des Lebensschutzes Ungeborener, in: Gerhard Dannecker/Winrich Langer/Otfried Ranft/Roland Schmitz/Joerg Brammsen (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 821, 827.

16 Näher *Bernward Büchner*, Das Weigerungsrecht bezüglich vorgeburtlicher Kindstötung, ZfL 2008, S. 2 ff., 10: „Zumutung für den Ärztestand"; *Hermann Hepp*, Pränatalmedizin und reformierter § 218a StGB – oder: die „versteckte Indikation", Der Gynäkologe 1996, S. 407 ff.

17 Dazu näher *Gunnar Duttge*, Die Präimplantationsdiagnostik zwischen Skylla und Charybdis, GA 2002, S. 241 ff. mit den besseren Gründen für die Gegenauffassung (kein Verbot); siehe auch *Margot v. Renesse*, Zur Vereinbarkeit der Präimplantationsdiagnostik mit dem Embryonenschutzgesetz, ZfL 2001, S. 10, 12; *Hans-Ludwig Schreiber*, Von richtigen rechtlichen Voraussetzungen ausgehen. Zur rechtlichen Bewertung der Präimplantationsdiagnostik, Deutsches Ärzteblatt 97 (2000), Heft 17, A-1135; *Ulrich Schroth*, Forschung mit embryonalen Stammzellen und Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Rechts, JZ 2002, S. 170 ff.

erschließt sich auch dem juristisch Vorgebildeten nicht ohne weiteres. Da schließlich der auf einen Schwangerschaftsabbruch gerichtete Arzt- und/oder Krankenhausvertrag selbst nach Auffassung des BVerfG rechtswirksam sein und nicht der Unwirksamkeitsfolge des § 134 BGB unterfallen soll,[18] muss man sich in der Tat fragen, woran sich bei solcher Rechtskonfusion „das Rechtsbewusstsein der Menschen eigentlich noch orientieren soll"[19].

Man glaube jedoch nicht, dass sich darin die Widersprüchlichkeit des geltenden Rechts schon erschöpft: Nicht nur dem „Schwangerschaftsabbruch nach Beratung" (§ 218a Abs. 1 StGB), sondern auch der „sozial-medizinischen Indikation" nach § 218a Abs. 2 StGB ist letztlich die Übertragung einer Tötungsermächtigung an die Schwangere ohne effektive externe Kontrolle und daher der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zuwider immanent. Denn das Gesetz knüpft die Erlaubnis (nun auch im technischen Sinne)[20] im Kern wiederum an das subjektive Empfinden der „Unzumutbarkeit" bezogen auf die Möglichkeit einer Fortsetzung der Schwangerschaft („wenn […] die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann"), das durch die darüber hinaus benannten unbestimmten Rechtsbegriffe nicht nennenswert verobjektiviert wird. Insbesondere das Ausgreifen der ehedem streng medizinischen in den Bereich der bis 1992 geltenden Notlagenindikation (§ 218a Abs. 2 Nr. 3a, b StGB a.F.)[21] durch Berücksichtigung auch der „gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse", über die eine „ärztliche Erkenntnis" im eigentlichen Sinne zu treffen doch mangels dahingehender besonderer Sachkunde gar nicht recht möglich erscheint, erweitert den Kreis denkbarer, die Unzumutbarkeit begründender Anknüpfungspunkte nahezu bis zur Grenzenlosigkeit und lässt demgemäß – dem Willen des Gesetzgebers entsprechend[22] – auch die Einbeziehung eines aufgrund PND prognostizierten embryopathischen Befundes ohne weiteres zu. Demgegenüber ist die von Gesetzes wegen an sich intendierte Filterwirkung mittels der genannten gefahrbezogenen Kriterien insbesondere auch infolge der Bezugnahme auf „seelische Gesundheitszustände" so weit reduziert, dass *Tröndle* hierin zu Recht nachgerade eine „Einladung zum Missbrauch" gesehen hat, „nach Ablauf der Dreimonatsfrist soziale Gesichtspunkte, mit medizinisch-psychiatrischen vermengt", nachzuschieben, „um unbefristet […] sogar

---

[18] Vgl. BVerfGE 88, S. 203, 295. – Siehe aber auch *Alexander Papsthart*, Keine ärztliche Vertragspflicht zur pränatalen Kindstötung, ZfL 2006, S. 123: Gegenstand des Behandlungsvertrages sei „lediglich die Beendigung der Schwangerschaft, niemals hingegen die Tötung des Kindes als solche".

[19] *Büchner*, ZfL 2008, S. 2, 3 – gerichtliche Bestätigung durch LG Heilbronn ZfL 2002, S. 20 f.

[20] Siehe die Formulierung von § 218a Abs. 2 StGB: „[…] ist nicht rechtswidrig […]".

[21] Man vergleiche diese mit der „sozial-medizinischen Indikation" nach geltendem Recht: „[…] angezeigt ist, um von der Schwangeren die Gefahr einer Notlage abzuwenden, die so schwer wiegt, dass von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt […] und [die] nicht auf eine andere für die Schwangere zumutbare Weise abgewendet werden kann."

[22] Vgl. BT-Drs. 13/1850, S. 51.

einen gerechtfertigten Schwangerschaftsabbruch zu erreichen, für den Leistungsansprüche der Sozialversicherung zur Verfügung stehen".[23] Da kann die Erkenntnis nicht mehr überraschen, dass sich der Schwerpunkt der Indikation inzwischen deutlich von gynäkologischen Problemlagen auf das psychiatrische Gebiet verlagert hat.[24] Ein Blick über die nationalen Grenzen hinweg verdeutlicht, dass die mangelnde Trennschärfe der verwendeten Gefahrbegriffe ungeachtet ihrer scheinbaren Strenge („Gefahr einer *schwerwiegenden* Beeinträchtigung") jederzeit zur Expansion des praktischen Anwendungsfeldes genutzt werden kann.[25]

Eine weitere Ungereimtheit im Verhältnis zwischen indiziertem Schwangerschaftsabbruch und einem solchen allein nach Durchlaufen eines (angeblich) „grundrechtsschützenden Verfahrens" liegt in dem Umstand begründet, dass mit Erweiterung der einst allein für medizinische Notlagen gedachten Indikation (unbedingte Erhaltung des Lebens der Mutter, notfalls – sofern unvermeidlich – auf Kosten des Kindes) auch für die Mehrzahl der von § 218a Abs. 2 StGB erfassten Konstellationen kein geringerer Aufklärungs- und Beratungsbedarf besteht. Ein solcher konnte nur so lange als entbehrlich angesehen werden, wie sich die „medizinische Indikation" ihrem Wortsinn entsprechend tatsächlich auf akute Gefährdungslagen medizinischer Art (z.B. bei schwerer Eklampsie) beschränkte und von einer Einwilligung in den Eingriff aufgrund der Dringlichkeit der „medizinischen Indikation" zur lebenserhaltenden Intervention im Interesse der „Patientin" zumeist ohne weiteres ausgegangen werden durfte. Der weit überwiegende Anteil der heute als „medizinisch indiziert" firmierenden Abbrüche resultiert jedoch aus embryopathischen Befunden und Prognosen infolge einer PND, und dies umso mehr, seit „die diagnostischen Möglichkeiten den Chancen einer Vorbeugung und Therapie davonlaufen" (*Hepp*, in diesem Band, S. 70), d.h. die Schere zwischen zunehmendem (vermeintlichen)[26] Wissen und fehlenden Therapieoptionen sich immer weiter öffnet. Mit Recht sieht deshalb der gemeinsame Regelungsvorschlag von *Bundesärztekammer (BÄK)* und *Deutscher Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG)* für diesen – über die rein medizinische Indikation hinausweisenden – Bereich des § 218a Abs. 2 StGB die Einführung einer obligatorischen Beratung vor, und zwar nach eigenem Selbstverständnis sogar „primär aus dem Grund des Lebensschutzes des Kindes, aber auch aus der gesundheitlichen Perspektive der Schwangeren selbst" (siehe Anhang, S. 115 ff. sowie § 219a StGB-E). Konkret geht es also vor allem darum, der betroffenen Frau nach embryopathischem Befund das medizinische Wissen hierüber und die möglichen Folgen der erwarteten

[23] *Herbert Tröndle*, in: ders./Thomas Fischer (Hrsg.), Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 49. Aufl. 1999, § 218a Rn. 9d.

[24] Vgl. *Thomas Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Aufl. 2008, § 218a Rn. 20.

[25] Zur Situation in den europäischen Nachbarstaaten eingehend *Gunnar Duttge*, Regelungskonzepte zur Spätabtreibung im europäischen Vergleich – Ansätze zur Lösung des Schwangerschaftskonflikts?, in: Christa Wewetzer/Thela Wernstedt (Hrsg.), Spätabbruch der Schwangerschaft, 2008 [im Erscheinen].

[26] Ungeachtet der mit der Prognose nicht selten einhergehenden Unsicherheiten!

Schädigung für das Kind zu vermitteln. Die sich damit aber zugleich verbindende Frage nach möglichen Hilfen zur Bewältigung dieser Situation in lebensbejahender Absicht durch die betroffene Frau und ihr soziales Umfeld verlangt nicht weniger auch nach einer psychosozialen Beratung, die abweichend vom insoweit noch immer veraltetem Denken verhafteten[27] Entwurf der *BÄK* und *DGGG* daher regelhaft und nicht nur in Sonderfällen benötigt wird.[28] Schließlich handelt es sich insoweit meist um Konfliktlagen im Rahmen einer an sich erwünschten Schwanger- und Mutterschaft, so dass umso mehr alles getan werden muss, um „voreilige Entscheidungen und überstürztes Handeln zu vermeiden“[29].

Die damit angestrebte Verbesserung des Schutzniveaus für Schwangere und Kind nach dem „Vorbild“ des § 218a Abs. 1 StGB (u.a. auch durch Übernahme der dreitägigen Bedenkzeit, vgl. § 218a Abs. 2b StGB-E [Anhang]) und damit rechtliche Annäherung der beiden Vorschriften auf Tatbestandsseite wirft bei der im sachlichen Anwendungsfeld der relevanten Konfliktlagen ohnehin bestehenden Überlappung jedoch die weitere Frage auf, wie sich dann die fundamentale Abweichung hinsichtlich der Befristung noch rechtfertigen lassen soll. Die Sorge vor einem bequemen „Überwechseln“ in die Kategorie des Abs. 2 etwa bei versehentlicher Fristversäumnis unter Beibehaltung der Möglichkeit zum Abbruch ist eine keineswegs nur theoretisch denkbare Option, wie die Situation in manchem europäischen Nachbarland zeigt.[30] Schon um das Unterlaufen rechtlicher Hürden zu verhindern, liegt eine Harmonisierung auch in dieser Hinsicht nahe, wobei die Trennlinie offensichtlich mitten durch den bisherigen Anwendungsbereich der „medizinischen Indikation“ hindurch verläuft. Denn soweit es um eine existentielle, mithin das Leben der Mutter unmittelbar bedrohende Gefährdungslage geht und somit der Kernbereich des § 218a Abs. 2 StGB betroffen ist, wird man als ultima ratio eine gefahrabwehrende Intervention auch im Spätstadium der Schwangerschaft ohne weiteres akzeptieren.[31] Soweit sich jedoch als gefahrbegründend nicht die Schwangerschaft als solche erweist, sondern das „Haben des Kindes“ negative psychisch-soziale Auswirkungen nach sich zieht, so dass eine Gefahrenabwehr folgerichtig nur in der gezielten Tötung des Kindes liegen kann,

---

27 Vgl. Anhang, S. 127: „Nach der fristgebundenen Beratungsregelung […] dominieren psychosoziale Aspekte, so dass eine Beratung mit psychosozialer Ausrichtung angemessen erscheint. Bei der medizinischen Indikation dominieren hingegen Aspekte, die sich aus den aktuellen medizinischen Gesichtspunkten des Konflikts mit dem ungeborenen Leben ergeben […].“ An anderer Stelle spricht der Entwurf jedoch – zu Recht, aber im Widerspruch zu Vorstehendem – von einer „ähnlichen Konfliktsituation“ wie in den Fällen des § 218a *Abs. 1* StGB.

28 Siehe dagegen *Hermann Hepp*, Pränatalmedizin und Schwangerschaftsabbruch aus medizinischer Indikation, in diesem Band, S. 68: „[Es] muss […] über das klinische Krankheitsbild, die prä- und postnatalen Therapieoptionen, *die psychischen und sozialen Folgen für die Schwangere selbst und ihre Familie („Zumutbarkeit“)* gesprochen werden.“

29 Antrag der FDP-Fraktion, BT-Drs. 15/5034, S. 2.

30 Näher *Duttge* (Anm. 25).

31 Die Formulierung ist bewusst vorsichtig gewählt: Die Frage nach dem strafrechtsdogmatischen Begründungsansatz hierfür wirft erhebliche Schwierigkeiten auf, vgl. dazu im weiteren Text.

wird dies jedenfalls in der deutschen Rechtstradition grundsätzlich nur innerhalb einer eher knapp bemessenen Frist (12 Wochen) gebilligt (*Gropp*, in diesem Band, S. 23 ff., 34). Diese Grenze müsste konsequenterweise auf die medizinische Indikation übertragen werden für sämtliche Fälle jenseits ihres Kernbereichs, was entsprechend der alten embryopathischen Indikation jedoch – der Amniozentese wegen – nur bei Ausweitung auf eine 22-Wochenfrist gebilligt würde. Da es letztlich stets die höchstpersönliche Opfergrenze der „Unzumutbarkeit" ist, die den Ausschlag über Fortsetzung oder Abbruch der Schwangerschaft gibt, nach Abs. 2 ebenso wie im Rahmen der „Konfliktberatung" nach Abs. 1, ließe sich die dort enthaltene 12-Wochenfrist – um dem Vorwurf der Willkürlichkeit zu entgehen – nicht mehr halten. Was ergäbe sich am Ende aber? Eine verdoppelte „Notlagenindikation", über deren Vorliegen die Schwangere nach Beratung und Bedenkzeit jeweils „selbstverantwortlich" befinden dürfte, mithin zwei nebeneinander bestehende normative Anknüpfungspunkte für eine nicht sanktionierte Abtreibung, von denen freilich – noch immer wertungswidersprüchlich – nur dem einen (Abs. 2) das Potential zukommt, das Unrecht einer Tötungstat wirklich zu beseitigen.

Mit anderen Worten: Es ist nicht leicht verständlich, warum der Gesetzgeber trotz Entscheidung für die „Beratungslösung" anstelle der früheren Notlagenindikation dennoch die Notwendigkeit zu einer Ausweitung auch der „medizinischen Indikation" gesehen hat[32] – es sei denn, es sollte auf diese Weise sichergestellt werden, dass Schwangerschaftsabbrüche nach embryopathischem Befund ungeachtet der aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG resultierenden verfassungsrechtlichen Zweifel gleichwohl (auch im streng juristischen Sinne) – und zwar bis zur 22. Woche p.c. – erlaubt bleiben. Aber auch auf dieser Grundlage tritt sogleich der nächste Widerspruch ins Blickfeld, der sich nicht ohne weiteres auflösen lässt: warum nämlich trotz Zuerkennung eines Tötungsrechts der Schwangeren und demzufolge einer rechtlich anerkannten (vertraglichen) Tötungspflicht des Arztes letzterer bei einem „Fehlschlag" – d.h. im Falle einer Lebendgeburt – ganz konträr hierzu nun grundsätzlich zu lebenserhaltenden Maßnahmen verpflichtet sein soll (sofern eine wenigstens im Mindestmaß realistische, nicht nur kurzzeitige Überlebensperspektive besteht)[33] – und damit zugleich zur Mitwirkung am Entstehen eines gegen ihn gerichteten Unterhaltsanspruchs aufgrund vorangegangenen „Behandlungsfeh-

---

[32] Zu Recht ist darauf hingewiesen worden, dass sich das Beratungsschutzkonzept schon seinem Grundgedanken nach nicht mit einer (auch) auf soziale Elemente abhebenden Indikation verträgt, s. *Udo Steiner*, Das Abtreibungsrecht in Deutschland auf dem Weg zu einer grundgesetzkonformen Gestalt, KritV Sonderheft 1/1993, S. 187 ff.

[33] Gemeinsame Empfehlung der *Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe*, der *Deutschen Gesellschaft für Kinderheilkunde und Jugendmedizin*, der *Deutschen Gesellschaft für Perinatale Medizin* und der *Gesellschaft für Neonatologie und Pädiatrische Intensivmedizin* (aktueller Stand: 12/2007); s. auch Ziff. II der Grundsätze der *Bundesärztekammer* zur ärztlichen Sterbebegleitung (2004): „Bei Neugeborenen mit schwersten Beeinträchtigungen durch Fehlbildungen oder Stoffwechselstörungen, bei denen keine Aussicht auf Heilung oder Besserung besteht […]. Gleiches gilt für extrem unreife Kinder, deren unausweichliches Sterben abzusehen ist […]".

lers“ in der Folge der sog. „Kind-als-Schaden“-Rechtsprechung des BGH, dies freilich wiederum ohne Folgerichtigkeit nur bei der Geburt eines behinderten, nicht eines gesunden Kindes (näher *Schmidt-Recla*, in diesem Band, S. 90).

II. Untaugliche Rechtfertigungsversuche – halbherzige Reformvorschläge

Um mit dem letztgenannten zu beginnen: Wäre es denn wirklich zutreffend, dass schadensbegründend nicht die Existenz eines behinderten Kindes, sondern allein „die durch seine planwidrige Geburt ausgelöste Unterhaltsbelastung der Eltern“ sei,[34] so müsste dies für jede fehlgeschlagene Abtreibung unabhängig vom Gesundheitszustand des planwidrig geborenen Kindes gelten. Denn wenn sich die Eltern wegen der befürchteten Schädigung des Kindes gegen eine Fortsetzung der Schwangerschaft entschieden haben, so hätten sie bei „erfolgreichem“ (pflichtgemäßem) Wirken des behandelnden Arztes „gar kein Kind zur Welt gebracht“. Diese Überlegung ist für den BGH ausschlaggebend gewesen zur Frage der Schadenshöhe, die seiner Überzeugung nach „den gesamten Unterhaltsaufwand und nicht nur den durch die Behinderung verursachten Mehrbedarf“ umfassen müsse;[35] ginge die übernommene vertragliche Verpflichtung des Arztes aber tatsächlich dahin, „die Unterhaltsbelastung durch ein Kind zu vermeiden“[36], so dürfte sich der Unterschied zwischen gesundem und geschädigtem Nachwuchs allenfalls in der Höhe des Unterhaltsaufwands (wegen der Mehrbelastung der Eltern), nicht jedoch in der Haftung dem Grunde nach auswirken. Die Zuerkennung von Schadensersatz für die Geburt eines gesunden Kindes würde freilich gewiss nicht nur mit dem gesunden Menschenverstand, sondern auch mit dem „schadensrechtlichen Differenzdenken“ (*Schmidt-Recla*, in diesem Band, S. 91)[37] kollidieren; mit der in diesem Lichte folgerichtigen Begrenzung der Ersatzpflicht auf den „behinderungsbedingten Mehraufwand“[38] ließe jedoch dem Vorhalt einer verfassungswidrigen Diskriminierung kaum mehr entgehen, weil jetzt die „Schadensquelle“ unmittelbar in der Behinderung des Kindes erblickt werden müsste. Soweit der BGH

[34] So BGH NJW 1980, S. 1450, 1451.

[35] Vgl. BGH NJW 1984, S. 658, 660; BGH NJW 1994, S. 788, 793.

[36] BGH NJW 1995, S. 1609.

[37] Ob sich an dieser Unverträglichkeit mit der von *Adrian Schmidt-Recla*, Schwangerschaftsbetreuung und Haftungsrecht, in diesem Band, vorgeschlagenen „Umkehr hin zum immateriellen Schadensersatz“ (S. 91) etwas ändern würde, wo doch auch die Zuerkennung von Schmerzensgeld ihre Sinngebung aus dem Ausgleichsgedanken erfährt, muss bezweifelt werden. – Der österreichische OGH hat kürzlich die Ablehnung von Schadensersatz bei Geburt eines gesunden Kindes bekräftigt, OHG RdM 2007, S. 20, 25.

[38] In diesem Sinne z.B. *Erwin Deutsch*, Zum Schadensersatzanspruch des geschädigten Kindes gegen den Arzt, der die Gefahr der Schädigung des Ungeborenen schuldhaft nicht erkannt hat, JZ 1983, S. 451, 452.

meint, dieses Ausgangsdatum zu einem „lediglich naturwissenschaftlich" bedeutsamen, „für sich genommen wertfreien" Kausalfaktor für die sich hieraus ergebende wirtschaftliche Belastung nivellieren zu können,[39] übersieht er, dass letztere gerade keinen tauglichen Grund für einen gerechtfertigten *und nur dann im hiesigen Kontext haftpflichtrechtlich relevanten*[40] Schwangerschaftsabbruch darstellt. Ohne die aus dem embryopathischen Befund resultierende Zumutung und Gefährdung der Schwangeren lässt sich also die vertragliche Pflicht des Arztes gar nicht denken;[41] geradezu abenteuerlich erscheint deshalb die Vorstellung, es sei zumindest gleichrangig[42] ebenfalls Gegenstand und/oder Zweck der vom Arzt übernommenen vertraglichen Abrede, die Eltern vor der wirtschaftlichen Belastung durch ein behindertes Kind zu verschonen.[43] Nach eigenem Selbstverständnis sieht sich die Ärzteschaft ausschließlich in einem Konflikt zwischen dem Lebensrecht des Kindes und der erstrebten Gefahrenabwehr zugunsten der Schwangeren; um die wirtschaftlichen Folgen geht es dabei nicht.[44] Die fein differenzierende Trennungsthese des BGH mag sich daher sprachlich durchaus formulieren lassen; in der Sache missachtet sie aber den normativen Kern des Geschehens und weckt eher den Anschein, letztlich nur die unbestreitbare Orientierung am Aspekt der Behinderung zwecks Abwehr verfassungsrechtlicher Bedenken verschleiern zu wollen.

Macht man allerdings ernst mit der Prämisse, dass die Vermeidung mittelbarer wirtschaftlicher Folgen ebenso wenig wie in sonstigen, alltäglichen Behandlungsfällen Teil des vertraglich Geschuldeten bzw. Bezweckten ist, so beschränkt sich die Schadensersatzpflicht bei fehlerhaftem Wirken des Arztes von vornherein auf die *unmittelbaren* (materiellen und immateriellen) Einbußen bei der Schwangeren unter Ausschluss jedweder Unterhaltsleistung. Dies lehnt der BGH jedoch als „schwerwiegenden Eingriff in das Gefüge der zivilrechtlichen Vertragshaftung" nachdrücklich ab. Der haftungsrechtliche Schutz sei vielmehr nur „eine Auswirkung des medizinischen Fortschritts, wenn dieser in Einklang mit der Rechtsordnung derartige Möglichkeiten zur Vermeidung der Geburt eröffnet": Auch insoweit könne daher „die Übernahme der medizinischen Aufgabe durch den Arzt, die der Erreichung eines erlaubten Vertragszwecks dient, nicht ohne rechtliche Ver-

[39] BGH NJW 1994, S. 788, 791.

[40] Vgl. BGH NJW 2002, S. 2636, 2637: „Eine auf Verletzung des Behandlungsvertrags beruhende Vereitelung eines möglichen Schwangerschaftsabbruchs kann […] nur dann Ansatz dafür sein, die Eltern im Rahmen eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs gegen den Arzt auf der vermögensmäßigen Ebene von der Unterhaltsbelastung durch das Kind freizustellen, wenn der Abbruch rechtmäßig gewesen wäre, also der Rechtsordnung entsprochen hätte".

[41] Wie hier auch *Juliane Mörsdorf-Schulte*, Schutzumfang des Behandlungsvertrags bei versäumter Abtreibung, NJW 2006, S. 3105, 3106.

[42] Auffallend zurückhaltender formuliert BGH NJW 1994, S. 788, 791: „[…] vom Schutzzweck des Beratungsvertrags mit umfasst, auch wenn […] nicht (wie etwa bei der Sterilisation […]) im Vordergrund steh[end]".

[43] So aber der BGH in st. Rspr., vgl. nur BGH NJW 1994, S. 788, 791 m.w.N.

[44] Vgl. die Erklärung der *Bundesärztekammer* zum Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik 1998, abgedruckt in: Deutsches Ärzteblatt 95 (1998), Heft 47, A-3013 ff.

antwortung für den Arzt […] bleiben“[45]. Nach allgemeinen Zurechnungsgrundsätzen gilt dies aber nur so weit, wie der eingetretene Schaden bei wertender Betrachtung in einem „inneren Zusammenhang“[46] mit der Pflichtwidrigkeit steht: Die Ersatzpflicht hängt somit im Bereich des Vertragsrechts davon ab, „dass die verletzte Vertragspflicht gerade das Entstehen von Schäden der eingetretenen Art verhindern sollte“[47], d.h. in deren „sachlichen Schutzbereich“[48] fällt. Selbst zu der Zeit, als die embryopathische Indikation noch gesondert ausgewiesen war (§ 218a Abs. 2 Nr. 1 StGB a.F.), konnte als entscheidender rechtfertigender Aspekt erst der Umstand angesehen werden, dass „von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden kann“, mithin eine der „Unzumutbarkeit“ aufgrund gesundheitlicher Gefährdung (§ 218a Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F.) gleichwertige Lage entstanden ist. Schon auf dieser Grundlage war die These von der mit dem Abbruchsvertrag angeblich bezweckten Ersparnis der drohenden Unterhaltsaufwendungen reichlich brüchig; umso mehr fehlt es aber an jedweder normativen Basis hierfür, seit die anstelle dessen geltende erweiterte medizinische Indikation unmissverständlich auf den Aspekt der Abwehr von Gefahren für Leib oder Leben der Schwangeren verweist. Ein ganz auf dieser Linie liegender neuerer Beschluss des OLG Koblenz[49] belegt eindrucksvoll, dass das vom BGH seit Jahren praktizierte „olympische Selbstgespräch“[50] selbst innerhalb der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht alle überzeugt. Angesichts der bekannten Wirkungen des haftungsrechtlichen Damoklesschwerts in Richtung einer direktiven, abbruchsfreundlichen „Defensivmedizin“[51] bei der ärztlichen Schwangerenbetreuung sollte dem verständlichen Streben nach finanzieller Entlastung der Eltern daher nicht länger auf Kosten des unterhaltsrechtlich unzuständigen Arztes oder durch sonstiges Verbiegen allgemeiner Rechtsgrundsätze (wie etwa durch willkürliche Haftungsbegrenzung auf grobe Fahrlässigkeit)[52], sondern durch intelligentere Lösungen wie etwa durch eine an die Patientin gebundene Versicherung[53] oder –

---

[45] BGH NJW 1994, S. 788, 791.

[46] Palandt/*Helmut Heinrichs*, BGB, 64. Aufl. 2005, Vorb. v. § 249 Rn. 62.

[47] BGH NJW 1990, S. 2057, 2058; NJW-RR 2006, S. 965; BeckOK-BGB/*Claudia Schubert*, § 249 Rn. 49; *Hermann Lange/Gottfried Schiemann*, Handbuch des Schuldrechts: Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, § 3 IX 5; MK-BGB/*Hartmut Oetker*, 5. Aufl. 2007, § 249 Rn. 115 ff., 118; zur Haftungsbegrenzung bei vorvertraglichen Schuldverhältnissen vgl. BGH NJW 1992, S. 555, 556.

[48] *Erwin Deutsch/Hans-Jürgen Ahrens*, Deliktsrecht, 4. Aufl. 2002, Rn. 106 ff., 112.

[49] NJW-RR 2006, S. 967 f.: kein Unterhaltsschadensersatz nach versäumter Abtreibung eines behinderten Kindes.

[50] *Erwin Deutsch*, Arzthaftung, JZ 2000, S. 729 f. (mit allerdings a.A. zur haftungsrechtlichen Frage).

[51] Offen eingeräumt in: *Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (DGGG)* (Hrsg.), Positionspapier: Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik, 2003, S. 35 f.

[52] In diesem Sinne der Antrag der CDU-CSU-Fraktion v. 19.10.2004, BT-Drs. 15/3948, S. 4.

[53] So die Enquetekommission „Recht und Ethik der modernen Medizin“ der 14. WP, BT-Drs. 14/9020, S. 82.

sofern als gesellschaftliche Aufgabe begriffen – den schon seit längerem vorgeschlagenen „pränatalen Hilfefonds"[54] Rechnung getragen werden.

Auch jenseits des haftungsrechtlichen Kontextes offenbart das geltende Recht jedoch – und zwar schon in der grundlegenden Ausrichtung – deutliche Anzeichen einer auf Behinderungen bezogenen Diskriminierung: So verweist *Riha* zu Recht auf die nicht erklärliche Ungereimtheit, dass „die Unzumutbarkeit über die zwölfte Schwangerschaftswoche hinaus nur bzw. speziell für ‚nicht gesund' Kinder gelten soll bzw. darf"; eine konsequente Orientierung allein am Maßstab der höchstpersönlichen Opfergrenze legte hingegen den gänzlichen Verzicht auf jedwede Befristung nahe (*Riha*, in diesem Band, S. 46). In der Tat: Angelehnt an das Leitprinzip, wonach niemand über sein Können hinaus verpflichtet werden kann („ultra posse nemo obligatur"), beschreibt das Kriterium der „Unzumutbarkeit" Sachverhalte, in denen hochrangige schutzwürdige Belange des Einzelnen in einer Weise bedroht sind, dass von diesem aufgrund solcher geradezu existentiellen Betroffenheit die Pflichterfüllung (trotz physischer Möglichkeit) billigerweise – das unvermeidliche Ausmaß menschlicher Schwäche berücksichtigend[55] – nicht mehr erwartet werden kann. In den Worten *Momsens*: „Würde es keine individuell-absolute Begrenzung strafrechtlicher Rechtspflichten geben, dann würde […] [u.U.] die Ausübung des Selbsterhaltungstriebs unter Strafe gestellt, womit Staat und Strafrecht im konkreten Fall ihren Zweck der Existenzsicherung verfehlen."[56] Ganz in diesem Sinne sprach das BVerfG zur Konkretisierung jener „Ausnahmelagen", in denen ein Abbruch der Schwangerschaft keine rechtliche Missbilligung verdient, von „Belastungen […], die ein solches Maß an Aufopferung eigener Lebenswerte verlangen, dass dies von der Frau nicht erwartet werden kann"[57]. Eine solche außergewöhnliche Betroffenheit steht aber in keinerlei Zusammenhang mit abstrakt-generell gesetzten Zäsuren im Entwicklungsverlauf eines ungeborenen Kindes, gleichgültig, ob man dafür die 12. oder 22. Schwangerschaftswoche in Anspruch nehmen wollte. Eben hierin liegt begründet, warum der Indikationstatbestand des § 218a Abs. 2 StGB auf jedwede Befristung verzichtet: „Der Rechtsgedanke einer individuell bestehenden […] Unmöglichkeit zur Erbringung des an sich Gesollten […] markiert eine (absolute) Grenze, die […] ganz unabhängig vom Entwicklungsstand des Fötus Geltung beanspruchen muss"[58]. Fristen implizieren demgegenüber eine Veränderung in der Wertigkeit ungeborenen Lebens auf der Basis eines entwicklungsbedingten „Anwachsens des Lebensrechts", das im Rahmen einer Abwägung der widerstreitenden Güter und Interessen ab

---

54 Vgl. *Ruth Schimmelpfeng-Schütte*, „Pränataler Hilfefonds" statt „Schadensfall Kind", MedR 2003, S. 401, 403; siehe auch *Adrian Eugen Hollaender*, Die Geburt als schadenstiftendes Ereignis – Schadensersatz für „wrongful birth" bei Behinderung, RdM 2007, S. 7 ff., 10.

55 *Wilhelm Gallas*, Sitzungsprotokoll v. 22.3.1955 zum Thema Notwehr, Notstand und Nötigungsnotstand, in: Niederschriften der Großen Strafrechtskommission, Bd. 2, 1958, S. 151.

56 *Carsten Momsen*, Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten, 2005, S. 383.

57 BVerfGE 88, S. 203, 257.

58 *Duttge* (Anm. 25).

einem bestimmten Punkt zu einem Umschlagen des Abwägungsergebnisses führt. Die dahingehenden Weichen hat bereits 1927 das Reichsgericht gestellt, als es ganz in diesem Sinne den „Grundsatz der Güterabwägung“ zur Grundlage eines erlaubten Schwangerschaftsabbruchs erklärte: „In Lebenslagen, in welchen eine den […] Tatbestand einer Verbrechensnorm erfüllende Handlung das einzige Mittel ist, um ein Rechtsgut zu schützen […], ist die Frage, ob die Handlung rechtmäßig oder unverboten oder rechtswidrig ist, *anhand des dem geltenden Recht zu entnehmendem Wertverhältnisses der im Widerstreit stehenden Rechtsgüter* […] zu entscheiden.“[59] Es liegt auf der Hand, dass eine solche Lösung des Schwangerschaftskonflikts mit dem Postulat eines prinzipiell gleichrangigen, von einer Annahme durch die Mutter unabhängigen Lebensrechts des Ungeborenen unvereinbar ist. So gilt im Kontext des § 34 StGB (bisher) als „eiserne Regel“, dass wegen der „Unverrechenbarkeit“ menschlichen Lebens eine Abwägung „Leben gegen Leben“ selbst bei zahlenmäßigem Überwiegen einer Seite und lebensweltlich-empirischen Unterscheidungsmöglichkeiten (z.B. Lebensalter, Intelligenz oder eben auch Behinderung) niemals zum erforderlichen qualitativen Wertungsvorrang des geschützten gegenüber dem beeinträchtigten Rechtsgut führen kann.[60]

Stünde die Entwicklungsperspektive des Ungeborenen daher aus Gründen „mitmenschlicher Mindestsolidarität“[61] innerhalb einer abstrakt-generell bestimmten Zeitspanne unter dem Vorbehalt, dass die Schwangere von einer ihr als Teil ihres Persönlichkeitsrechts zugeschriebenen Tötungs*befugnis* keinen Gebrauch macht, und der für den Abbruch zuständige Arzt nicht im Wege der „Notstandshilfe“ (*Hepp*, in diesem Band, S. 72 ff.) zur Erhaltung eines höherwertigen Rechtsguts (statt zur Beseitigung einer schlechthin „unzumutbaren“ Situation) tätig wird, so wäre damit innerhalb dieser ersten Lebensphase denknotwendig die Verweigerung eines (erstrangigen)[62] Lebensrechts des Ungeborenen verbunden. Wer eine derart strikte Trennung zweier Stadien in der Entwicklung des ungeborenen Lebens mit fundamental unterschiedlicher Wertigkeit postuliert, ist jedoch im Lichte des Gleichheitssatzes wegen der existentiell bedeutsamen Folgen hinsichtlich der sachlichen Rechtfertigung dieser Ungleichbehandlung in hohem Maße begründungspflichtig. Bessere Erkenntnismöglichkeiten über eventuelle pränatale Schädigungen vermögen dabei die Rechtfertigungslast nicht zu tragen, weil die sich ggf. anschließende Abtreibung *wegen erwarteter (schwerer) Behinderung* ihrerseits von einer verbotenen, da das Leben mit Behinderung herabwürdigenden Zwecksetzung getragen ist (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG). Diesem Verdikt muss deshalb auch die Idee

---

59 RGSt 61, S. 242, 254 f.

60 Statt vieler nur *Gunnar Duttge*, in: Dieter Döllig/Gunnar Duttge/Dieter Rössner (Hrsg.), Handkommentar Gesamtes Strafrecht (HK-GS): StGB, StPO, Nebengesetze, 2008, § 34 Rn. 1, 20 m.w.N.

61 HK-GS/*Duttge* (Anm. 60), § 34 Rn. 1.

62 Dass einem „Lebensrecht zweiter Klasse“ wegen der Einzigartigkeit des Rechtsguts „Leben“ („Alles-oder-nichts-Charakter“) in Wahrheit keine Rechtsgarantie immanent ist, kann an dieser Stelle nicht näher ausgeführt werden.

einer expliziten Wiedereinführung der (befristeten) embryopathischen Indikation[63] unterfallen: Denn ungeachtet möglicher positiver Effekte auf den Schutz ungeborenen Lebens *insgesamt* (infolge der Verhinderung von „Spätabbrüchen") bleibt der Vorschlag eine Antwort schuldig auf die Frage, wie es *gerade auch ggü. dem ungeborenen Kind* gerechtfertigt sein soll, dass es in der ersten Lebensphase vor Überschreiten der Zäsur (z.B. der 20. Schwangerschaftswoche p.c.) aufgrund seiner Behinderung nicht mehr leben darf. Einer solchen Rechtfertigungslast könnte sich nur derjenige enthoben sehen, der sich gar keinem Rechtssubjekt gegenübergestellt wähnt.

Sofern man in den speziellen Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG nicht sogar „Anknüpfungsverbote" erkennen will, die also in Konkretisierung des Gebots menschenwürdiger Behandlung in sich inakzeptable Zwecksetzungen kennzeichnen[64] und deshalb abweichend vom allgemeinen Gleichheitssatz von vornherein keiner Rechtfertigung zugänglich sind,[65] verlangt die vorherrschende Verfassungsinterpretation jedenfalls „zwingende Gründe" für eine Benachteiligung im Rahmen einer „strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung"[66]. Solche sind jedoch im hiesigen Kontext beim besten Willen nicht zu finden:[67] Auf der Basis der zugrunde gelegten Notstandskonstellation lässt sich schlechterdings nicht verstehen, wie es geschehen kann, dass innerhalb eines fortlaufenden Entwicklungsprozesses mit Ablauf welcher Zeitspanne auch immer von einer Sekunde zur nächsten wundersam ein Rechtssubjekt entsteht. *Hillgruber*[68] hat eindrucksvoll

---

[63] Hierfür *Eva Schumann/Adrian Schmidt-Recla*, Die Abschaffung der embryopathischen Indikation – eine ernste Gefahr für den Frauenarzt?, MedR 1998, S. 497, 503 f.

[64] Siehe *Roman Herzog*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Stand: 51. Lfg. (Dezember 2007), Art. 3 Abs. 3 Rn. 1: „Diese Betonung des Gleichheitsgebots für bestimmte typische Ungleichheiten hat das Grundgesetz ausgesprochen in der Vermutung, dass […] Benachteiligungen wegen der aufgeführten Unterschiede menschlichen Seins oder Verhaltens grundsätzlich den Wertanspruch auf Menschenwürde verletzen".

[65] Vgl. etwa *Manfred Gubelt*, in: Ingo v. Münch/Philip Kunig (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 3 Rn. 104; *Wolfgang Rüfner*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 561; *Michael Sachs*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 1992, § 126 Rn. 52 ff., 65 ff.; *Christian Starck*, in: Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2005, Art. 3 Abs. 3 Rn. 368 f., 379 (Verbot der „rechtlichen Kausalität"); in diesem Sinne „grundsätzlich" auch BVerfGE 85, S. 191, 206.

[66] *Lerke Osterloh*, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 3 Rn. 314; dezidiert zu Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG: *Andreas Jürgens*, Der Diskriminierungsschutz im Grundgesetz, DVBl 1997, S. 410, 412 f.

[67] I.S. einer Verfassungswidrigkeit der embryopathischen Indikation: *Rüfner* (Anm. 65), Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 880; *Starck* (Anm. 65), Art. 3 Abs. 3 Rn. 421; *Dieter C. Umbach*, in: ders./Thomas Clemens (Hrsg.), Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Bd. I, 2002, Art. 3 III 2 Rn. 425; i.E. wie hier auch *Werner Heun*, in: Horst Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 136: erlaubter Schwangerschaftsabbruch nur bei Unzumutbarkeit.

[68] *Christian Hillgruber*, Zehn Jahre Beratungsregelung – eine kritische Bilanz, in: Bernward Büchner/Claudia Kaminski (Hrsg.), Lebensschutz oder kollektiver Selbstbetrug?, 2006, S. 12, 28.

dargelegt, dass allen Fristenregelungen wohl letztlich eine auf Äußerliches gerichtete und hierauf beschränkte Fehlintuition gemein ist: „Je mehr das getötete Leben sich unserem Bild vom Menschen annähert, umso rechtfertigungsbedürftiger und zugleich nicht mehr rechtfertigungsfähig erscheint uns diese Tötung. Aber auch bevor sein Menschsein äußerlich sichtbar wird, ist der Embryo doch kein Fabelwesen, das sich erst in einer unerklärlichen Metamorphose plötzlich zum Menschen wandelt, sondern ein und derselbe Mensch, eben nur in einem früheren Entwicklungsstadium." Dabei könnte die Willkürlichkeit der konkret verhandelten Fristen nicht deutlicher zum Vorschein kommen als durch die vergleichende Überlegung, welche Zäsuren eigentlich im Rahmen der Embryonendebatte nach künstlicher Befruchtung diskutiert werden: Bekanntlich ist es dort mitnichten die 22., 20. oder 12. Schwangerschaftswoche, sondern eher schon die Nidation, die *zwecks Ermöglichung der Präimplantationsdiagnostik*[69] als bessere Alternative zur Befruchtungsthese in den Vordergrund gerückt wird. Hängt der Beginn des Menschseins, die Anerkennung des hiermit verbundenen einzigartigen Status also kontextbezogen, pragmatisch und abwägungsoffen von den Zufälligkeiten der jeweiligen Wünsche und Zwecksetzungen anderer ab?

In diesem Lichte lässt sich wohl besser erkennen, wie sehr die seit dem Koalitionsvertrag vom November 2005 schwelende und in der jüngeren Vergangenheit verstärkt aufgekommene Debatte[70] um eine Vermeidung wenigstens der „Spätabbrüche" (gemeint im rechtlichen Sinne, d.h. nach der 22. Woche p.c.)[71] in ihrem Streben nach Eindämmung der Abtreibungspraxis nicht nur kurz greift, sondern schon in ihrer Grundintuition – höhere Schutzwürdigkeit des Fötus in fortgeschrittenem Entwicklungsstadium – mit einem großen Fragezeichen zu versehen ist. Das gilt nicht zuletzt auch für den unlängst veröffentlichten gemeinsamen Regelungsvorschlag von *BÄK* und *DGGG*, der durch Anheben der Zulässigkeitsvoraussetzungen für Schwangerschaftsabbrüche jenseits der 22. Woche „allen Beteiligten die Bedeutung der Tötung eines Kindes, das dank der modernen Perinatalmedizin außerhalb des Mutterleibes selbstständig lebensfähig ist, klar vor Augen […] führen" und zu einer „besonders kritischen Reflexion" bei der Entscheidungsfindung motivieren will (siehe Anhang, S. 115 ff.). Was ist aber gewon-

---

69 Die andere Zielrichtung – das Erforschen embryonaler Stammzellen – sei hier ausgeklammert.

70 Vgl. z.B. Antrag der CDU/CSU-Fraktion, Vermeidung von Spätabtreibungen, BT-Drs. 15/3948; Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs *Alfred Hartenbach* v. 12.6.2007, BT-Drs. 16/6079, S. 52; Gemeinsamer Regelungsvorschlag von *Bundesärztekammer* und *Deutscher Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe* zur Ergänzung des Schwangerschaftsabbruchsrechts aus medizinischer Indikation (vgl. Anhang).

71 Statt vieler nur *Wolfgang H. Eberbach*, Spätabbruch der Schwangerschaft – Juristische Aspekte, in: Josef Römelt (Hrsg.), Spätabbrüche der Schwangerschaft, 2005, S. 15. – Das Statistische Bundesamt weist für das Jahr 2007 mit einem Anstieg um 25 % (in absoluter Zahl: 229) eine drastische Umkehrung des bisherigen Trends aus, vgl. http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Content/Statistiken/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/Tabellen/Content75/RechtlicheBegruendung,templateId=renderPrint.psml (Oktober 2008).

nen, wenn nun für dieses Stadium der Schwangerschaft die Zumutbarkeit der Gefahrabwendung „*unter Berücksichtigung* des Alters des ungeborenen Lebens und seiner extrauterinen Lebensfähigkeit“ bewertet werden (und statt einer „schwerwiegenden“ jetzt nur noch [?] eine „unzumutbare[72] Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren“ Beachtung finden) soll (§ 218a Abs. 2a StGB-E)? Ein „bisschen Lebensrecht“ zu besitzen ist doch ebenso eine Unmöglichkeit wie „ein bisschen schwanger“ zu sein!

Von größerer Konsequenz ist der Vorschlag *Gropps* (in diesem Band, S. 32 ff.), der die extrauterine Lebensfähigkeit mit Rücksicht auf die fortgeschrittenen Möglichkeiten der modernen Pränatalmedizin im Sinne der §§ 211 ff., 223 ff. StGB ganz an die Stelle der Geburt setzen will, so dass ein Abbruch jenseits dieser Schwelle grundsätzlich[73] nicht mehr in Betracht käme. Interessant ist die dazu angeführte Begründung, die maßgeblich auf den Wegfall einer bis dahin „notwendigen Abhängigkeit“ vom mütterlichen Organismus abstellt: „Wenn man […] von der mangelnden Lebensfähigkeit als dem sachlichen Grund für eine Ungleichbehandlung [zwischen den Interessen der Schwangeren und jenen des Kindes] ausgeht und wenn Geborene zur Abwendung einer Gefahr zugunsten Dritter allenfalls in seltenen Fällen […] getötet werden dürfen, dann verbietet es der Gleichheitssatz, ein noch ungeborenes, aber extrauterin potentiell lebensfähiges Kind im Interesse Dritter, auch dem der Mutter, zu töten, es sei denn, dass eine Schnittentbindung nicht möglich ist und die Schwangere bei Fortsetzung der Schwangerschaft physisch in Lebensgefahr geriete.“[74] Auf der Basis einer Notstandslösung ist somit nach Erreichen der Lebensfähigkeit die *aus der Fortsetzung der Schwangerschaft resultierende* Gefahr für die Frau regelmäßig anders als im Wege einer Abtreibung abwendbar, nämlich durch Einleitung des Geburtsvorgangs. Wie *Schumann/Schmidt-Recla* zutreffend hervorgehoben haben, kann der Schwangeren aber die Geburt als solche nicht erspart werden, weil diese im Zustand ihrer Schwangerschaft lediglich vor der Alternative steht, ein potentiell schwerstgeschädigtes Kind oder eine tote Leibesfrucht zu „gebären“.[75] Solange jedoch die Chance auf die Geburt eines lebensfähigen Kindes besteht, ist der Schwangerschaftsabbruch nicht mehr die „ultima ratio“ (*Gropp*, in diesem Band, S. 38) bzw. – auf der Basis einer vom Rechtsgedanken der „Unzumutbarkeit“ getragenen Konzeption – wegen Fehlens einer „unentrinnbaren Konfliktlage“[76] keine billigenswerte Entscheidung.

---

[72] Die Verdoppelung des „Unzumutbarkeits“-Kriteriums (vgl. § 218a Abs. 2a StGB-E [a.E.]: „[…] und die Gefahr auf andere für die Frau zumutbare Weise […]“) erleichtert das Verständnis der vorgeschlagenen Regelung nicht.

[73] Noch nicht restlos geklärt scheint allerdings, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen gleichwohl Ausnahmen zugelassen werden sollen.

[74] *Walter Gropp*, Der Embryo als Mensch – Überlegungen zum pränatalen Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, GA 2000, S. 1, 10 f.

[75] *Schumann/Schmidt-Recla*, MedR 1998, S. 497, 501.

[76] *Claus Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2006, § 22 Rn. 112, bezogen auf die „Gewis-

Das Leitmotiv geht also dahin, dem Ungeborenen die best*mögliche* Lebensperspektive zu erhalten und tödliche Mittel und Wege nur dort zu wählen, wo dies unvermeidbar ist. Dem entspricht die weit verbreitete Skepsis gegenüber dem Fetozid als Weise der gezielten intrauterinen Tötung des Fötus mittels intrakardialer Injektion von Kaliumchlorid, Applikation von Fibrinkleber oder durch Verabreichung eines Anästhetikums über die Nabelschnur: Da dem Kind mit Erreichen der extrauterinen Lebensfähigkeit eine unabhängig von der Mutter bereits vorhandene Lebensperspektive durch aktiv-direkte Tötung wieder genommen wird, gilt der Fetozid ab diesem Moment entweder generell oder jedenfalls für den Regelfall als unzulässig.[77] Nur der aktuelle Gesetzesvorschlag von *BÄK* und *DGGG* will weniger streng eine „zweite Indikationsmöglichkeit" (neben der Situation einer zwingenden Mehrlingsreduktion) eröffnen aus Sorge vor eventuell „traumatischen Erlebnissen" der Eltern bei gleichwohl erfolgendem Versterben des Neugeborenen und zwecks Vermeidung entbehrlicher „Qualen" des Kindes (vgl. Anhang, S. 115 ff.); sein Hinweis auf den sanfteren „Sekundentod" erinnert aber doch sehr an (nach geltendem deutschen Recht ausnahmslos verbotene) „Mitleidstötungen" aus falsch verstandener „Fürsorge" und leidet im Übrigen an seiner Unvereinbarkeit mit der Situation nach der Geburt, in der auch bei gänzlich fehlender Aussicht auf ein Überleben allein das Abstandnehmen von lebenserhaltenden Maßnahmen, nicht jedoch das aktiv-direkte Töten erlaubt ist. Die Stellungnahme der *BÄK* aus dem Jahre 1998 liest sich dagegen als ein noch von größerer Zurückhaltung geprägtes Dokument, wenn es dort insbesondere heißt: „Ein Fetozid, bei dem die beschriebene Methode nur gewählt würde, um den ‚Erfolg' eines späten Abbruchs bei gegebener extrauteriner Lebensfähigkeit des Ungeborenen zu ermöglichen, wird als nicht akzeptabel angesehen."[78]

Die grundlegende Werthaltung, die diese Auffassung geradezu erzwingt, lässt sich deutlich ausmachen und klar formulieren: Wird das Kind trotz seiner Lebensfähigkeit getötet, so geht es (zumeist) nicht um eine Befreiung von der Schwangerschaft, sondern um eine solche von der Last des Kindes. Für die Schwangere und ihr soziales Umfeld kann dieses Motiv insbesondere dann bedeutsam werden, wenn eine (Schwerst-)Behinderung in Aussicht steht; für den betreuenden Arzt dürfte mitunter die Sorge vor dem drohenden Unterhaltsschadensersatz eine Rolle spielen. Kann die „Tötung eines Kindes um seiner Tötung willen" (*Hepp*, in diesem Band, S. 72) aber jemals gerechtfertigt werden, sofern seine Rechtssubjektivität nicht gänzlich – bis zur glücklichen Geburt – in Abrede gestellt wird? Gleich

senstaten" als Sonderfälle einer möglichen „Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens".

77 Ausgenommen werden Fälle der sog. Mehrlingsreduktion sowie einer gänzlich fehlenden Lebensperspektive entsprechend den Grundsätzen zur sog. Früheuthanasie, siehe *DGGG*, Positionspapier: Pränataldiagnostik – Beratung und möglicher Schwangerschaftsabbruch, 2004, S. 18 f. (http://www.dggg.de/_download/unprotected/praenatal_diagnostik_pot_abbruch.pdf) (Oktober 2008); *Schumann/Schmidt-Recla*, MedR 1998, S. 497, 504.

78 *Bundesärztekammer*, Erklärung zum Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik, Deutsches Ärzteblatt 95 (1998), Heft 47, A-3013 (Vorwort).

aus welchen Gründen die gezielte Tötung des Kindes erstrebt wird, ob aus wirtschaftlichen, sozialen oder anderen Zwecken: Die Verfassungswidrigkeit liegt bei solcher Instrumentalisierung zu fremden Zwecken stets nahe, nimmt man nur ernst, dass „die Würde des Menschseins auch für das ungeborene Leben im Dasein um seiner selbst willen liegt".[79] Es kann daher nicht verwundern, dass die Ärzteschaft immer betont hat: Der ärztlich verantwortete Schwangerschaftsabbruch hatte „nie und zu keiner Zeit der Medizingeschichte als eigentliches Ziel die Abtötung des Kindes […]. Im Gegenteil, bei medizinisch gegebener Notwendigkeit des Schwangerschaftsabbruches wurde je nach Schwangerschaftsalter versucht, Mutter und Kind zu retten."[80] Die „Kindesindikation", in der die (behauptete) „Gefahrenlage" nicht durch die Schwangerschaft, sondern durch das „Haben des unerwünschten Kindes" bedingt ist, versieht *Hepp* dagegen in eindringlicher Formulierung mit dem Verdikt einer „Selektion durch aktive Tötung, die intrauterin akzeptiert und praktiziert wird" (S. 73). Diese Praxis ist jedoch kein schicksalhaftes Naturereignis, sondern Resultat eines schleichenden Geltungsverzichts des Rechts gegenüber den tatsächlich oder vermeintlich vorherrschenden Wertvorstellungen der artikulationsfähigen Mitglieder der Rechtsgemeinschaft; die zu ziehende Schlussfolgerung liegt deshalb auf der Hand: Soll die Widerspruchsfreiheit des Rechts wiederhergestellt werden, darf Ziel eines erlaubten Schwangerschaftsabbruchs stets nur die Abwehr einer *aus der Schwangerschaft selbst resultierenden* und nicht auf andere Weise abwendbaren[81] (hochgradigen) Gefahr sein, so dass der betroffenen Frau eine Fortsetzung der Schwangerschaft (und sei es auch nur vorübergehend etwa bis zur extrauterinen Lebensfähigkeit) unzumutbar ist. Hat das ungeborene menschliche Leben aber einmal seinen Entwicklungsprozess aufgenommen, so verdient es größtmöglichen Respekt und kann ohne zwingende Notwendigkeit nicht zum „sozialverträglichen Frühableben" besonderer Art verurteilt werden. Wird es in seiner Existenz von der Mutter oder seinen Eltern nicht akzeptiert, so ist es Aufgabe der Rechtsgemeinschaft, andere Versorgungsmöglichkeiten zu suchen und deren Realisierung sicherzustellen.

III. Klare Linien, keine prinzipienlose Beliebigkeit

Damit sind noch keineswegs alle Fragen beantwortet; sichtbar geworden ist bisher nicht mehr als eine Richtung. Von entscheidender Bedeutung wird wohl vor allem sein, ob es gelingt, die herausgearbeiteten Erkenntnisse konsequent umzusetzen und dabei vor allem das noch immer sehr diffuse Kriterium der „Unzumutbar-

---

[79] BVerfGE 88, S. 203, 267.

[80] *W. Weise*, Gedanken zur Neufassung des § 218a aus der Gegenwärtigkeit Goethes, Frauenarzt 1997, S. 1218, 1219.

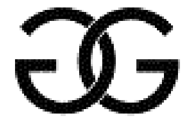
[81] Zur Vorrangigkeit psychologisch-psychiatrischer Hilfestellungen in Fällen der Depression oder einer Drohung mit Suizid näher *Gropp*, in diesem Band, S. 37 f.

keit“ so weit zu konkretisieren, dass trotz seines unvermeidlich subjektiven Kerns eine hinreichende rechtliche Kontrolle dieser „Opfergrenze“ möglich wird. Denn rechtlicher Schutz bedingt, „dass das Recht selbst Umfang und Grenzen zulässigen Einwirkens des einen auf den anderen normativ festlegt und nicht dem Belieben eines der Beteiligten überlässt“[82]. Diese klare Vorgabe darf nicht zugunsten fauler Kompromisse (*Riha*, in diesem Band S. 64.) aus den Augen verloren werden. Wer dagegen partout den „Weg des geringsten Widerstandes“ gehen will, braucht sich nicht zu wundern, wenn er sich am Ende orientierungslos im Rechtsgestrüpp wiederfindet.

[82] BVerfGE 88, S. 203, 255.

Anhang





Vorschlag zur Ergänzung

des Schwangerschaftsabbruchsrechts

aus medizinischer Indikation

insbesondere
unter Berücksichtigung
der Entwicklung der Pränataldiagnostik

Inhalt

Präambel

Pränatalmedizin umfasst die Betreuung von Mutter und Kind in allen Phasen der Schwangerschaft bis zur Geburt. Jede Schwangerenvorsorgeuntersuchung beinhaltet Pränataldiagnostik im weiteren Sinn. Diese hat sich durch die Entwicklung vielfältiger und hoch zuverlässiger Methoden in den letzten 10 Jahren deutlich ausdifferenziert. Das Ungeborene wird für den Geburtshelfer im Falle einer diagnostizierten Erkrankung oder Fehlbildung zum Patienten. Daraus leitet sich ab, dass pränatale Medizin elementare Fragen des Lebens berührt. Es geht dabei sowohl um das Leben der Mutter als auch um das Leben des ungeborenen Kindes.

Durch das Erkennen einer ungestörten embryonalen und fetalen Entwicklung durch allgemeine pränataldiagnostische Maßnahmen - klinische Untersuchungen und Ultraschallscreening wie auch durch weiterführende Diagnostik mit Chorionzottenbiopsie, Amniozentese, Nabelschnurpunktion, Serologie - kann der überwiegenden Mehrzahl der Schwangeren und ihrer Partner die Angst vor einem kranken oder fehlgebildeten Kind genommen werden. In Einzelfällen ist diese Diagnostik Ausgangspunkt für eine intrauterine Therapie oder eine adäquate Versorgung des Kindes während und nach der Geburt.

Durch die Möglichkeit des sicheren und direkten Nachweises schwerster Erkrankungen entwickeln Schwangere immer seltener ein Abbruchbegehren aus bloßer anamnestisch begründeter Angst. Insofern hat sich die Pränatalmedizin in nicht wenigen Fällen zu einer Methode des Lebensschutzes entwickelt.

Zunehmend kann aber der Eindruck entstehen, als ob es einen Anspruch auf ein „gesundes Kind“ nach Pränataldiagnostik gebe. Nach dieser Auffassung steht die Möglichkeit des Schwangerschaftsabbruchs offen, wenn Auffälligkeiten beim Kind gefunden würden. Der Durchführung sei dann auf Wunsch der Frau auch stattzugeben.

Mehr Wissen erfordert jedoch ein erhöhtes Maß an Verantwortung für Schwangere und Arzt im Hinblick auf das ungeborene Kind. Dadurch können vielfältige Konflikte entstehen. Spätestens hier wird das ethische Dilemma der Pränatalmedizin deutlich. Hinzu kommt das auf dem Arzt lastende Risiko einer möglichen Pflicht für den Unterhalt im Zusammenhang mit der Geburt eines schwer behinderten Kindes haften zu müssen.

Mit Neufassung der §§ 218 ff. StGB im Jahre 1995 wurde die embryopathische Indikation gestrichen und unter der medizinischen Indikation im § 218a Abs. 2 StGB subsumiert.

Hiermit entfielen die bis dahin gültige Grenze für die Tötung des Ungeborenen nach 22 Wochen p. c., die Pflicht zur Beratung der Schwangeren, die Dreitagesfrist zwischen Beratung und der Vornahme des Abbruchs, die differenzierte statistische Erfassung des Abbruchs und damit der fetalen Erkrankungen sowie die Freistellungsklausel (§ 12 Abs. 1 SchKG), nämlich das Recht auf Verweigerung der ärztlichen Mit-

wirkung am Abbruch, die bei „medizinisch indizierten" Abbrüchen nicht zwangsläufig greift.

Bereits 1998 hat der Wissenschaftliche Beirat der Bundesärztekammer in seiner „Erklärung zum Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik" auf den absehbaren Paradigmenwandel der Geburtsmedizin aufmerksam gemacht.

Das von der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe vorgelegte Positionspapier „Pränataldiagnostik - Beratung und möglicher Schwangerschaftsabbruch (2004)" wurde von der politischen Öffentlichkeit aufgegriffen und hat im Deutschen Bundestag zu unterschiedlichen Fraktionsinitiativen geführt. Die Anträge „Vermeidung von Spätabtreibung - Hilfen für Eltern und Kinder" (Drucksache 15/3948) sowie „Psychosoziale Beratungsangebote bei Schwangerschaftsabbrüchen nach medizinischer Indikation ausbauen" (Drucksache 15/4148) als auch „Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik - Verantwortungsvolle Regelungen und Maßnahmen treffen" (Drucksache 15/5034) verdeutlichen, dass die politischen Parteien sowohl Mängel in der Beratungssituation als auch bei den gesetzlichen Grundlagen für den Schwangerschaftsabbruch sehen. Sie ziehen daraus allerdings sehr unterschiedliche Schlussfolgerungen.

Das Statistische Bundesamt berichtete im Jahre 2003 über insgesamt 128.030 Schwangerschaftsabbrüche. Ca. 97 % der gemeldeten Abbrüche wurden nach der „Beratungsregelung" innerhalb des ersten Trimenons vorgenommen. In knapp 3 % der Fälle wurden medizinische oder kriminologische Indikationen als Grund für den Schwangerschaftsabbruch angegeben. Eine klare Ausweisung der Schwangerschaftsabbrüche an der Grenze der extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes kann aufgrund der vorhandenen Statistik nicht gemacht werden. Gleichwohl haben die ärztlichen Fachkreise deutliche Anhaltspunkte für die Annahme, dass dieser Anteil aufgrund des Erhebungsrechts wesentlich unterzeichnet ist.

Auch deshalb wird von ärztlicher Seite ein deutlicher Regelungs- und Verbesserungsbedarf gesehen.

Dieser richtet sich neben der Einführung einer ärztlich geleiteten Beratungspflicht wesentlich auf die Abwägung des Lebensrechts des Kindes insbesondere ab dem Zeitpunkt seiner extrauterinen Lebensfähigkeit gegenüber dem Recht der Schwangeren auf ein Leben, das unzumutbar durch die besonderen Sorgepflichten z. B. für ein schwer behindertes Kind in gesundheitlicher Hinsicht beeinträchtigt erscheint.

Die Bundesärztekammer und die Deutsche Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe schlagen deshalb gemeinsam die nachfolgenden Ergänzungen der Rechtsvorschriften zum Schwangerschaftsabbruch aus medizinischer Indikation vor.

Entwurf zur Änderung des/der Strafgesetzbuchs (StGB) Schwangerschaftskonfliktgesetzes (SchKG) Schwangerschaftsabbruchstatistik des Statistischen Bundesamtes

Entwurf für eine Neueinführung der §§ 218a Abs. 2a und b sowie § 219a StGB

§ 218a Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs

(1) Der Tatbestand des § 218 ist nicht verwirklicht, wenn
1. die Schwangere den Schwangerschaftsabbruch verlangt und dem Arzt durch eine Bescheinigung nach § 219 Abs. 2 Satz 2 nachgewiesen hat, daß sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen,
2. der Schwangerschaftsabbruch von einem Arzt vorgenommen wird und
3. seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.

(2) Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.

(2a) - neu - Ist die Schwangerschaft so weit fortgeschritten, dass die Möglichkeit extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes anzunehmen ist, ist der Schwangerschaftsabbruch dann nicht rechtswidrig, wenn nach ärztlicher Erkenntnis unter Berücksichtigung des Alters des ungeborenen Kindes und seiner extrauterinen Lebensfähigkeit eine Gefahr für das Leben oder eine unzumutbare Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren besteht und die Gefahr auf andere für die Frau zumutbare Weise nicht abgewendet werden kann.

(2b) - neu - Soweit keine unmittelbare Gefahr für das Leben der Frau besteht, hat sich die Schwangere mindestens drei Tage vor dem Schwangerschaftsabbruch nach den Absätzen 2 und 2a gemäß § 219a ärztlich beraten zu lassen.

§ 219 Beratung der Schwangeren in einer Not- und Konfliktlage

(1) Die Beratung dient dem Schutz des ungeborenen Lebens. Sie hat sich von dem Bemühen leiten zu lassen, die Frau zur Fortsetzung der Schwangerschaft zu ermutigen und ihr Perspektiven für ein Leben mit dem Kind zu eröffnen; sie soll ihr helfen, eine verantwortliche und gewissenhafte Entscheidung zu treffen. Dabei muss der Frau bewusst sein, dass das Ungeborene in jedem Stadium der Schwangerschaft auch ihr gegenüber ein eigenes Recht auf Leben hat und dass deshalb nach der Rechtsordnung ein Schwangerschaftsabbruch nur in Ausnahmesituationen in Betracht kommen kann, wenn der Frau durch das Austragen des Kindes eine Belastung erwächst, die so schwer und außergewöhnlich ist, dass sie die zumutbare Opfergrenze übersteigt. Die Beratung soll durch Rat und Hilfe dazu beitragen, die in Zusammenhang mit der Schwangerschaft bestehende Konfliktlage zu bewältigen und einer Notlage abzuhelfen. Das Nähere regelt das Schwangerschaftskonfliktgesetz.

(2) Die Beratung hat nach dem Schwangerschaftskonfliktgesetz durch eine anerkannte Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle zu erfolgen. Die Beratungsstelle hat der Schwangeren nach Abschluß der Beratung hierüber eine mit dem Datum des letzten Beratungsgesprächs und dem Namen der Schwangeren versehene Bescheinigung nach Maßgabe des Schwangerschaftskonfliktgesetzes auszustellen. Der Arzt, der den Abbruch der Schwangerschaft vornimmt, ist als Berater ausgeschlossen.

§ 219a - neu - Beratung der Schwangeren nach § 218a Abs. 2b

(1) Die Beratung dient dem Schutz der Schwangeren und des ungeborenen Lebens. Sie hat sich von dem Bemühen leiten zu lassen, der Schwangeren eine verantwortliche und gewissenhafte Entscheidung zwischen ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigung und dem Fortsetzen der Schwangerschaft zu ermöglichen. Die Beratung soll durch Rat und Hilfe dazu beitragen, die im Zusammenhang mit der Schwangerschaft bestehende Konfliktlage zu bewältigen. Im Beratungsgespräch ist der besonderen Konfliktlage bei möglicher extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes Rechnung zu tragen. Auf das Angebot einer psychosozialen Betreuung vor, während und nach dem Schwangerschaftsabbruch (§ 2 SchKG) muss hingewiesen werden. Das Nähere regelt das Schwangerschaftskonfliktgesetz.

(2) Die Beratung nach Abs. 1 erfolgt durch den Arzt, der die Indikation nach § 218a Abs. 2 u. 2a zum Schwangerschaftsabbruch stellt. Der beratende Arzt hat der Schwangeren über die erfolgte Beratung eine Bescheinigung auszustellen.

Änderungen

Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG)

§ 12 Weigerung

(1) Niemand ist verpflichtet, an einem Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken.

(2) Absatz 1 gilt nicht, wenn die Mitwirkung notwendig ist, um von der Frau eine anders nicht abwendbare unmittelbare Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung oder des Todes abzuwenden.

§ 16 Erhebungsmerkmale, Berichtszeit und Periodizität

(1) Die Erhebung wird auf das Kalendervierteljahr bezogen durchgeführt und umfasst folgende Erhebungsmerkmale:

1. Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen im Berichtszeitraum (auch Fehlanzeige),
2. rechtliche Voraussetzungen des Schwangerschaftsabbruchs (Beratungsregelung oder nach Indikationsstellung),
3. Familienstand und Alter der Schwangeren sowie Zahl ihrer lebenden Kinder,
4. Dauer der abgebrochenen Schwangerschaft in abgeschlossenen Wochen post conceptionem,
5. Art des Eingriffs und beobachtete Komplikationen,
6. Erkrankung(en) des Feten,
7. Bundesland, in dem der Schwangerschaftsabbruch vorgenommen wird, und Bundesland oder Staat im Ausland, in dem die Schwangere wohnt,
8. Vornahme in Arztpraxis oder Krankenhaus und im Falle der Vornahme des Eingriffs im Krankenhaus die Dauer des Krankenhausaufenthaltes.

Der Name der Schwangeren darf dabei nicht angegeben werden.

(2) Die Angaben nach Absatz 1 sowie Fehlanzeigen sind dem Statischen Bundesamt vierteljährlich zum jeweiligen Quartalsende mitzuteilen.

Schwangerschaftsabbruchstatistik

des

Statistischen Bundesamtes[1]
(einschließlich Rechtsgrundlagen)

Änderungen des Erhebungsvordrucks

• Erweiterung der Hauptspalten
  - Einführung einer neuen Spalte 18a mit der Bezeichnung: „fetale Erkrankungen“

• in Spalte 21
  - Zusammenfassung der Unterspalten 3 und 4
    Neubezeichnung: „Hysterotomie“
  - Zusammenfassung der Unterspalten 5 und 7
    Neubezeichnung: „Hysterektomie“
  - Ergänzung der Bezeichnung der Unterspalte 8: („Prostaglandine“)
  - Einführung einer neuen Unterspalte „Andere, und zwar:“
  - Einführung einer neuen Unterspalte „Embyozid/Fetozid“
    a) bei Embryonenreduktion
    b) bei potentieller Lebensfähigkeit des Kindes

---

1 Die im Original enthaltenen Mustervordrucke in ihrer bisherigen Fassung sind in diesem Band nicht zu finden, vgl. dazu die Fassung der BÄK und der DGGG abrufbar unter: http://www.baek.de/downloads/Vorschlag_Schw_recht.pdf (Oktober 2008).

Begründung
Allgemeiner Teil

I. Pränataldiagnostik und mögliche Konsequenzen für die Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten

Jede Schwangerenvorsorge beinhaltet Pränataldiagnostik (PND) im weiteren Sinne. Ziel der PND ist ein erwünschter positiver Ausgang einer Schwangerschaft. Dazu sollen Risiken und pathologische Befunde frühzeitig erkannt werden, um entsprechende vorsorgliche und therapeutische Maßnahmen einzuleiten.

Die Grundlage bildet die Pränataldiagnostik entsprechend den Mutterschafts-Richtlinien. Diese dienen in erster Linie der genauen Bestimmung des Gestationsalters, der Kontrolle der somatischen Entwicklung des Feten und der frühzeitigen Erkennung von Mehrlingsschwangerschaften.

Zunehmend haben sich auch weitere Untersuchungsmöglichkeiten durchgesetzt, die nicht mehr Teil der Mutterschafts-Richtlinien sind. So können Ultraschalluntersuchungen zum Ende des ersten Trimenons wie beispielsweise die Nackentransparenzmessung in Verbindung mit Blutuntersuchungen und die zum Ende des zweiten Trimenons vorgenommene Ultraschalluntersuchung („Ultraschall-Feindiagnostik“) zur Erkennung von Auffälligkeiten beim Ungeborenen führen, die den Ausgangspunkt einer Konfliktsituation für die Schwangere, das Kind, den Vater und den behandelnden Arzt darstellen.

Die Entwicklungen seit der Neufassung des Schwangerschaftsabbruchsrechts gemäß §§ 218 ff. StGB und der Einführung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes durch das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes von 1995 geben aus ärztlicher Sicht in Ausfüllung der vom Bundesverfassungsgericht festgestellten Nachbeobachtungspflicht des Gesetzgebers Anlass zu den vorgeschlagenen gesetzlichen Ergänzungen.

§ 218 a Abs. 2 StGB regelt die Grundlagen des medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruchs und bestimmt, dass ein Schwangerschaftsabbruch *„nicht rechtswidrig ist, wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen und seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.“*

Diese Bestimmung geht somit nicht nur von einer Lebensgefahr der Schwangeren aus. Eine unmittelbare Lebensgefahr stellt vielmehr nur in seltenen Fällen eine Indikation für einen medizinischen Schwangerschaftsabbruch dar, da gravierende schwangerschaftsrelevante internistische Erkrankungen wie z. B. Hypertonus oder Diabetes mellitus durch eine medizinische Betreuung in der Schwangerschaft in der Regel gut zu therapieren sind.

Der größte Teil der gegenwärtig medizinisch indizierten Abbrüche ergibt sich aus Konfliktsituationen wegen Auffälligkeiten des ungeborenen Kindes. Auffälligkeiten, die insbesondere durch moderne Formen der Pränataldiagnostik erkannt werden können, sind außerordentlich vielfältig:

- Veränderungen, die nicht mit dem Leben des Kindes vereinbar sind (z.B. Anenzephalus, Trisomie 16).
- Veränderungen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Tod des Kindes nach der Geburt führen (z. B. hypoplastische Lungen, Nierenagenesie).
- Veränderungen mit unterschiedlichem/r Ausprägungsgrad und Prognose (z. B. Trisomie 21 mit fakultativen Befunden, wie einem komplexen Herzfehler).
- Veränderungen mit guter operativer Therapiemöglichkeit (Lippen-Kiefer-Gaumenspalte, einige urogenitale Fehlbildungen).

Durch frühzeitige Pränataldiagnostik kann ein großer Teil der Auffälligkeiten entdeckt werden. In einigen Fällen ist eine intrauterine Therapie möglich. Sie kann sowohl medikamentös (z. B. Hypothyreose, Adrenogenitales Syndrom) als auch invasiv-operativ (z. B. Fetofetales Transfusionssyndrom, Diaphragmahernie) erfolgen. Teilweise ergeben sich gute therapeutische Möglichkeiten nach Geburt des Kindes. In einigen Fällen gibt es allerdings keine Therapieoption.

Die beschriebenen Veränderungen können die Ursache einer *„schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren darstellen"*, die es abzuwenden gilt und bei der *„die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann"*.

Unabhängig von Schweregrad und Ausprägung einer Erkrankung oder Auffälligkeit kann sich aber die Situation ergeben, dass die Schwangere aus somatischen oder psychischen Gründen nur einen Schwangerschaftsabbruch als eine für sie zumutbare Lösung des Konfliktes ansieht.

Diese Situation verdeutlicht, dass ärztliche Diagnose, Prognoseeinschätzung und Indikationsstellung sowie die Beratung der Schwangeren im Hinblick auf einen möglichen Schwangerschaftsabbruch im Vordergrund stehen.

Das geltende Recht (§ 218 a Abs. 2 StGB) sieht eine Beratungspflicht bei der medizinischen Indikation jedoch nicht vor. Diese Lücke wird durch den Ergänzungsvorschlag ausgefüllt.

II. Notwendige Veränderungen

1. Notwendigkeit der Beratung und einer Bedenkzeit bei Schwangerschaftsabbruch nach medizinischer Indikation

1.1. Obligatorische Beratung

Wenn es der Schwangeren fraglich erscheint, eine Schwangerschaft aus persönlichen Gründen austragen zu können, gerät sie in eine schwere Konfliktlage. Zum Verständnis der Bedeutung dieser Konfliktsituation ist daran zu erinnern, dass es grundsätzlich aus psychologischer Sicht bei jeder schwangeren Frau Gründe für das Austragen sowie gegen das Austragen einer Schwangerschaft gibt, da sich die Lebenssituation der Frau im Falle von Schwangerschaft und erwarteter Geburt deutlich verändert.

Wenn eine Frau Gründe für einen Abbruch sieht, sind diese dem Recht des Ungeborenen auf Leben gegenüberzustellen.

Nach § 218a Abs. 1 StGB ist ein Schwangerschaftsabbruch dann straflos, *„wenn seit der Empfängnis nicht mehr als 12 Wochen vergangen sind"* und sich die Frau nach § 219 StGB durch eine anerkannte Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle hat beraten lassen.

Im Falle dieser „Beratungsregelung" geht der Gesetzgeber davon aus, dass diese Schwangere in der Beratung Hilfe erfahren soll. Die Beratung *„dient dem Schutz des ungeborenen Lebens"* und es sind der Frau *„Perspektiven für ein Leben mit dem Kind zu eröffnen"*. § 219 StGB sieht ferner vor, dass ein Schwangerschaftsabbruch nur in Ausnahmesituationen in Betracht kommen kann, *„wenn der Frau durch das Austragen des Kindes eine Belastung erwächst, die so schwer und außergewöhnlich ist, dass sie die zumutbare Opfergrenze übersteigt"*.

Eine ähnliche Konfliktsituation sieht der Gesetzgeber für die Schwangere im § 218a Abs. 2 StGB bei der medizinischen Indikation, wenn er bestimmt, dass der Schwangerschaftsabbruch nicht rechtswidrig ist, *„wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen und seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann"*.

In beiden Situationen (Beratungsregelung in der Frist des ersten Trimenons sowie bei medizinischer Indikation) werden ähnliche Voraussetzungen gefordert: Übersteigen der *„zumutbaren Opfergrenze"* und *„unzumutbare Weise"* für die Abwendung der Gefahr.

Im Falle der fristgebundenen Beratungsregelung ist die subjektive Situation der Frau so einzuschätzen, dass sie diese Schwangerschaft jetzt nicht austragen kann. Im Falle der medizinischen Indikation ist die Situation so einzuschätzen, dass die Frau ursprünglich die Schwangerschaft austragen wollte, dass dann aber somatische oder psychische Risiken hinzugetreten sind oder Probleme drohen, die es ihr nicht mehr möglich erscheinen lassen, diese Schwangerschaft auszutragen.

Die Schwangere befindet sich also in einer elementaren Konfliktsituation. Es erscheint daher nicht überzeugend, dass einerseits im Fall der fristgebundenen Beratungsregelung (§ 218a Abs. 1 StGB) die Notwendigkeit der Beratung vom Gesetzgeber als obligatorisch angesehen wird und andererseits im Fall der medizinischen Indikation (§ 218a Abs. 2 StGB) eine Beratung im Vorfeld eines möglichen Abbruchs nicht vorgesehen ist.

Diese Unplausibilität ist zu beseitigen: Denn gerade weil die medizinische Indikation in der Regel im Zusammenhang mit pränataler Diagnostik steht, die zu einem Abbruch im zweiten oder dritten Trimenon führen kann (wenn also die Schwangerschaft weiter fortgeschritten ist), ergibt sich die Notwendigkeit einer Beratung umso deutlicher. Die Schwangere hat sich dann bereits über einen längeren Zeitraum mit dieser Schwangerschaft positiv auseinander gesetzt, war darüber erfreut und sieht sich nunmehr mit einer Situation konfrontiert, die die ehemals gewünschte Schwangerschaft als nicht mehr tolerierbar erscheinen lässt; dies kann beispielsweise durch Erkrankungen des Foeten und / oder eine besondere psychische Situation der Schwangeren verursacht sein.

Kennzeichnend für die Gesamtsituation ist der notwendigerweise prospektiv orientierte Umgang mit zwar grundsätzlich erkannten mütterlichen oder kindlichen Gesundheitsrisiken, deren konkrete Bewältigungsmöglichkeit jedoch in den meisten Fällen zunächst nicht definitiv einschätzbar sind. In einer solchen Situation erscheint das Kind ohne eine qualifizierte Beratung der Schwangeren nicht ausreichend geschützt.

Im Ergebnis gebietet sich daher ein Beratungserfordernis primär aus dem Grund des Lebensschutzes des Kindes, aber auch aus der gesundheitlichen Perspektive der Schwangeren selbst. Dies gilt im Besonderen für die Situation bei anzunehmender extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes.

1.2. Zeit des Überdenkens

Für die fristgebundene Beratungsregelung gilt, dass eine Beratung „mindestens drei Tage vor dem Eingriff“ stattgefunden haben muss. Die ärztlichen Erfahrungen im Umgang mit der Beratung belegen deutlich, dass diese Zeit des Überdenkens in der Regel genutzt wird, um die Gründe zum Austragen oder zum Abbruch der Schwangerschaft noch einmal (selbst) kritisch zu reflektieren, auch wenn die Entscheidung der Frau vor Aufsuchen der Beratungsstelle schon weitgehend festzustehen scheint. Die anlässlich der Einführung der fristgebundenen Beratungsregelung vorgetragenen Bedenken gegen eine „Zwangsberatung“ treffen nach ärztlicher Erfahrung in aller Regel nicht zu, so dass diese Zeit des Überdenkens als eine positive Chance im Hinblick auf die Entscheidungssicherheit aufzufassen ist.

Wie dargelegt steigt der Beratungsbedarf bei der medizinischen Indikation und es sind Fragen von deutlicher Tragweite zu klären: Was würde das Austragen dieses Kindes für die Frau, das Kind, die Familie bedeuten? Welche Konsequenzen ergeben sich aus dem Schwangerschaftsabbruch für die Frau und die Familie?

Bei der Klärung dieser Fragen kann es sinnvoll sein, zusätzlichen Sachverstand hinzuzuziehen. Es können Ärzte unterschiedlicher Fachrichtungen (z. B. Kinderärzte, Humangenetiker, Psychiater, Psychotherapeuten) beteiligt werden. Dieses erfordert Zeit, um den anfänglichen Schock über den auffälligen pränatalen diagnostischen Befund und das Gefühl der Hilflosigkeit bei der Schwangeren zu überwinden. Ergänzend können psychosoziale Beratungsstellen beistehen. Daher erscheint eine solche Zeit des Überdenkens von „in der Regel drei Tagen" auch im Zusammenhang eines möglichen Abbruchs aus medizinischer Indikation sinnvoll und geboten.

1.3. Inhalt der Beratung

Ziel der fristgebundenen „Beratungsregelung" ist nach § 219 StGB, dass die Beratung *„dem Schutz des ungeborenen Lebens"* dient. *„Sie hat sich von dem Bemühen leiten zu lassen, die Frau zur Fortsetzung der Schwangerschaft zu ermutigen und ihr Perspektiven für ein Leben mit dem Kind zu eröffnen. Sie soll ihr helfen, eine verantwortungsvolle und gewissenhafte Entscheidung zu treffen. Dabei muss der Frau bewusst sein, dass das Ungeborene in jedem Stadium der Schwangerschaft auch ihr gegenüber ein eigenes Recht auf Leben hat und dass deshalb nach der Rechtsordnung ein Schwangerschaftsabbruch nur in Ausnahmesituationen in Betracht kommen kann, ...".*

„Die Beratung soll durch Rat und Hilfe dazu beitragen, die im Zusammenhang mit der Schwangerschaft bestehende Konfliktlage zu bewältigen und einer Notlage abzuhelfen."

Die Ziele einer Beratung nach § 218a Abs. 2 StGB (medizinische Indikation) sind konsequenterweise ähnlich zu bestimmen und lassen sich aus dem Wortlaut ableiten. Denn der Schwangerschaftsabbruch ist nur gerechtfertigt, *„um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen und seelischen Gesundheitszustandes der Frau abzuwenden und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann."*

Vom Inhalt der Beratung her wären dies Angebote der medizinischen, psychischen und sozialen Behandlung und Unterstützung, mit der die beschriebenen Gefahren des körperlichen und seelischen Gesundheitszustandes abzuwenden wären. Auch hier sollte in einer ähnlichen Weise, wie es im § 219 StGB bestimmt ist, der Frau bewusst sein, *„dass das Ungeborene in jedem Stadium der Schwangerschaft auch ihr gegenüber ein eigenes Recht auf Leben hat."*

Bei einer Konfliktlage, die sich z. B. aus einer Schwangerschaft mit Vorliegen einer Trisomie 21 beim Kind ergibt, wären die Hilfsangebote hinsichtlich der Aspekte eines Lebens mit diesem Kind aufzuzeigen. Dies umfasst neben den körperlichen und psychischen auch die sozialen Aspekte des Lebens mit einem Kind mit Trisomie 21.

Die Details der Beratung könnten z. B. in Richtlinien der Bundesärztekammer zusammengestellt werden.

1.4. Obligate ärztliche Beratung

Nach der fristgebundenen Beratungsregelung hat die Beratung durch eine anerkannte Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle zu erfolgen. Ursächlich dominieren dabei psychosoziale Aspekte, so dass eine Beratung mit psychosozialer Ausrichtung angemessen erscheint.

Bei der medizinischen Indikation dominieren hingegen Aspekte, die sich aus den akuten medizinischen Gesichtspunkten des Konfliktes mit dem ungeborenen Leben ergeben. Dies können z. B. Spaltbildungen des Rückens (Neuralrohrdefekte) oder schwere Herzfehlbildungen sein, wobei es auch um die Prognose des ungeborenen Lebens geht und intrauterine Therapiemöglichkeiten sowie Behandlungsoptionen nach der Geburt des Kindes mit einfließen müssen.

Im Falle einer Trisomie 21 des Kindes handelt es sich um eine Vielzahl von Gesichtspunkten, die medizinischer, psychologischer und sozialer Natur sind. Bei einer eher psychiatrisch betonten Konfliktlage der Mutter steht z. B. die akute Behandlung einer Neurose, Psychose, einer Konfliktlage bei einer „verdrängten Schwangerschaft" oder Suizidalität im Vordergrund, die ärztlicher und/oder psychotherapeutischer Intervention bedarf.

Über die im Vordergrund stehenden medizinischen Aspekte hinaus sind analog der Beratung nach § 219 StGB weitere Beratungsziele:

- Aufzeigen von Perspektiven für ein Leben mit Kind
- Bewusstmachen, dass das Ungeborene in jedem Stadium der Schwangerschaft ein eigenes Recht auf Leben hat
- Rat und Hilfe zur Bewältigung der bestehenden Konfliktlage.

Da die medizinischen Aspekte bei der medizinischen Indikation deutlich im Vordergrund stehen, soll die Beratung ärztlich geleitet sein. Auch wenn diese Beratung nur obligatorisch vor einem möglichen Abbruch durchzuführen ist, so ist sie aus ärztlichem Selbstverständnis heraus auch nach der Entscheidungsfindung weiter anzubieten.

1.5. Notwendigkeit des Angebotes einer fakultativen psychosozialen Betreuung

Da jede medizinische Indikation eine Vielzahl von medizinischen und psychosozialen Aspekten umfasst, kann die Beratung über die rein medizinischen Aspekte hinaus sinnvoll sein. Es ist genuine ärztliche Aufgabe, auch psychosoziale Aspekte mit anzusprechen und zu verfolgen.

Zugleich soll der Arzt erkennen, dass seine psychosoziale Beratungskompetenz an Grenzen stoßen und es daher sinnvoll sein kann, eine unabhängige - auf psychosoziale Aspekte hin fokussierte - Beratung ergänzend in Anspruch zu nehmen. Insofern muss

auf das Angebot einer psychosozialen Betreuung hingewiesen werden. Das Nähere regelt das Schwangerschaftskonfliktgesetz.

Ebenso wie die ärztliche Beratung stellt sie ein dynamisches Kontinuum dar. Insofern ist diese Beratung und Betreuung vor und nach der Entscheidungsfindung zum möglichen Schwangerschaftsabbruch vorzusehen.

1.6. Bescheinigung

Bei der fristgebundenen Beratungsregelung ist die Beratung gemäß § 219 Abs. 2 S. 2 StGB nach Beendigung zu bescheinigen. In Analogie zu dieser Regelung soll bei medizinischer Indikation ebenfalls eine Bescheinigung ausgestellt werden, so dass der Schwangerschaftsabbruch an die vom Arzt bescheinigte Beratung geknüpft ist. Die Indikationsstellung zum Schwangerschaftsabbruch erfolgt unabhängig davon.

1.7. Ausnahmeregelung

Eine obligatorische Beratung bei medizinischer Indikation sowie eine Fristregel von drei Tagen muss allerdings dann ihre Grenze finden, wenn besondere medizinische Umstände dies aus Gründen der Gefahrenabwehr gebieten. Sie sind dann gegeben, wenn eine „unmittelbare Gefahr für das Leben" der Frau besteht.

Eine **akute Indikation** aus medizinischen Gründen besteht z. B. bei schwerer Präeklampsie oder Eklampsie der Frau, wodurch eine unmittelbare Herbeiführung eines Schwangerschaftsabbruchs notwendig werden kann. Ähnlich könnte man die Situation dann kennzeichnen, wenn eine akute Suizidalität bei der Frau besteht, bei der keine Möglichkeiten vorhanden zu sein scheinen, diesen Zustand akut anders abzuwenden. Da es solche besonders gravierenden Fälle im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Schwangerschaftsabbruch gibt, müssen auch Ausnahmeregelungen für Beratung und Fristen vorgehalten werden.

2. Schwangerschaftsabbruch bei zu erwartender Lebensfähigkeit des Kindes

Mit der Neufassung des Schwangerschaftsabbruchsrechts entfiel 1995 die embryopathische Indikation, die seither von der medizinischen Indikation mit umfasst ist. Damit sind Schwangerschaftsabbrüche im Zusammenhang mit einer schweren Schädigung des erwarteten Kindes und einer erheblichen gesundheitlichen Beeinträchtigung der Mutter bis unmittelbar vor der Geburt zulässig.

Mit Methoden der PND werden vitale Erkrankungen, Entwicklungsstörungen und Anlageträgerschaften eines Fetus mitunter erst nach 22 Schwangerschaftswochen erkennbar bzw. diagnostiziert. Andererseits hat die Entwicklung in der Medizin dazu geführt, dass bereits Kinder mit 500 Gramm Geburtsgewicht ab einem Schwangerschaftsalter von ca. 22 Wochen p. c. überleben können. Im Einzelfall kann dies zu einer unerträglichen und unzumutbaren Situation für die Schwangere und den betreuenden Arzt führen, wenn insbesondere der Wunsch nach Beendigung der

Schwangerschaft wegen Schäden des Feten mit dessen extrauteriner Lebensfähigkeit zusammentrifft und möglicherweise darüber hinaus der gewünschte Abbruch mit der Geburt eines lebenden Kindes endet und somit die unbedingte Lebenserhaltungspflicht des Arztes eintritt.

Aus diesen Gründen sind die Bedingungen für den Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 2 StGB bei anzunehmender Lebensfähigkeit des Kindes besonders deutlich zu fassen, um allen Beteiligten die Bedeutung der Tötung eines Kindes, das dank der modernen Perinatalmedizin außerhalb des Mutterleibes selbständig lebensfähig ist, klar vor Augen zu führen und die Entscheidungsfindung besonders kritisch zu reflektieren. Nur wenn in dieser Abwägung die Zumutbarkeitsgrenze eindeutig überschritten erscheint, kann ein solcher später Schwangerschaftsabbruch gerechtfertigt sein. Diese Verdeutlichung steht im Einklang mit der Auffassung des Bundesgerichtshofs, nach der die Rechtfertigungsgründe ihrer Gewichtigkeit nach mit dem Gestationsalter wachsen müssen (BGHZ 151, 133).

3. Weigerungsrecht des Arztes

Nach geltendem Recht sind Ärzte verpflichtet, an einem Schwangerschaftsabbruch mitzuwirken, wenn diese Mitwirkung notwendig ist, um von einer Frau eine anders nicht abwendbare Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung abzuwenden (§ 12 Abs. 2 SchKG).

In der Praxis bedeutet dies, dass Ärzte zur Mitwirkung verpflichtet sind z. B. bei medizinischen Indikationen nach § 218a Abs. 2 StGB, dessen Wortlaut ähnliches vorgibt *(„Gefahr für das Leben oder Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen und seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren“).*

Besonders problematisch wird dieses z. B. im Falle eines medizinisch indizierten Abbruchs auf Grund einer Konfliktlage bei Vorliegen einer Trisomie 21 des Kindes. Zwar sind die Voraussetzungen nach § 218a Abs. 2 StGB gegeben; für den Arzt kann es aber aufgrund seiner religiösen, ethischen und moralischen Überzeugungen unzumutbar erscheinen, einen Abbruch bei dieser Konfliktlage durchzuführen. Deshalb kann ihm nicht in jedem Fall zugemutet werden, diesen Eingriff vorzunehmen.

Insofern ist eine engere Fassung des Mitwirkungsgebots notwendig, die auf der einen Seite eine unmittelbare Gefahrenlage jederzeit und eindeutig für die Frau abwendet, aber auf der anderen Seite keine unüberwindbaren Konfliktgrenzen ärztlicherseits errichtet. Das ärztliche Weigerungsrecht sollte deshalb nur durch die Unmittelbarkeit der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung der Frau durchbrochen werden können.

4. Unvollständigkeit der statistischen Erfassung

Das Schwangerschaftskonfliktgesetz bestimmt den Umfang der statistischen Erhebungen zum Schwangerschaftsabbruch. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber die Pflicht zur Beobachtung und zur Nachbesserung aufgegeben, falls sich

erweist, dass die geltende Regelung den Lebensschutz für das Kind nicht hinreichend gewährleistet. Die bisherigen statistischen Erhebungen, deren Umfang durch § 16 SchKG vorgegeben sind, haben sich für die Erfüllung dieses Auftrags als unzulänglich erwiesen und werden in ihrer Vollständigkeit angezweifelt.

Deshalb werden konkretisierende Ergänzungen der Erhebungsmerkmale zur/zum

- Klassifizierung bei medizinischer Indikation
- Schwangerschaftsdauer
- Fetozid

vorgeschlagen.

Wesentlich erscheint dabei eine konkretere Dokumentation der Konfliktlage bei der medizinischen Indikation. Nach Wegfall der embryopathischen Indikation im Jahr 1995 wurde dieses Indikationsspektrum unter die medizinische Indikation nach § 218a Abs. 2 StGB subsumiert. Dieses erschien zunächst sinnvoll, da aus einer Auffälligkeit eines Feten heraus allein keinesfalls ein Schwangerschaftsabbruch hergeleitet werden kann.

Gleichwohl bilden aber die durch PND festgestellten Auffälligkeiten des Fetus häufig den Ausgangspunkt für eine schwere Konfliktlage der Frau. Insofern dürfte der größte Teil der Abbrüche bei medizinischen Indikationen durch Konflikte begründet sein, die aus spezifischen, pränatal festgestellten Auffälligkeiten des Fetus resultieren, welche in sinnvollen Fallkonstellationen durch Obduktion des Feten nach Schwangerschaftsabbruch gesichert werden sollten. Die fetalen Erkrankungen - sowohl pränatal als auch postmortal festgestellte Befunde - werden bisher nicht erfasst.

Der vom Bundesverfassungsgericht angemahnten Nachbesserungspflicht würde aber mittels angemessener Regelung Rechnung getragen werden mit der Dokumentation der Gründe, die den Abbruch bei medizinischer Indikation maßgeblich veranlasst haben.

Dies ist nicht zu verwechseln mit der Wiedereinführung einer embryopathischen Indikation. Es handelt sich vielmehr um die Möglichkeit einer Ursachenerfassung, die möglicherweise zur Erweiterung von Hilfsangeboten für die entsprechenden Konfliktsituationen führen können.

Eine Dokumentationslücke von besonderer Bedeutung ist der Fetozid. Er ist eine nicht selten angewendete Methode im Zusammenhang mit einem Schwangerschaftsabbruch. Auf eine explizite statistische Erfassung kann nicht verzichtet werden.

Begründung

Spezieller Teil

Vorbemerkung

Die vorgeschlagenen Rechtsänderungen begründen sich wesentlich aus grundsätzlichen Erwägungen. Die Darlegungen im allgemeinen Teil der Begründung stehen deshalb in besonders enger Beziehung zum Entwurf der Ergänzungen des StGB. Auf Wiederholungen im speziellen Teil wird daher weitgehend verzichtet.

zu § 218a Abs. 2a StGB

Nach geltendem Recht ist gemäß § 218a Abs. 2 der Schwangerschaftsabbruch dann nicht rechtswidrig, wenn die Schwangere sich in einer Konfliktsituation befindet, aufgrund derer sie bei Fortsetzung und folgender Geburt sich selbst z. B. einer Gefahr der schwerwiegenden Beeinträchtigung ihrer körperlichen oder seelischen Gesundheit aussetzen würde. Nach der Rechtsordnung kann der bestehende Konflikt in diesem Fall immer zugunsten der Frau aufgelöst werden.

Die Konfliktsituation verschärft sich, wenn sich das Kind an der Grenze zur selbständigen extrauterinen Lebensfähigkeit befindet. Diese Grenze liegt bei etwa 22 Wochen p. c.

Unter Herausstellung, dass die potentielle Beeinträchtigung der körperlichen oder seelischen Gesundheit durch ein Austragen der Schwangerschaft unzweifelhaft als unzumutbar erkennbar sein muss, bevor der Abbruch in dieser späten Schwangerschaftsphase nicht rechtswidrig ist, verdeutlicht sich das mit seiner Entwicklung aufwachsende Recht des Kindes auf Leben.

Dieser besonders kodifizierte Anspruch entspricht auch dem Gedanken einer höchstrichterlichen Entscheidung, nach der die Gründe für einen Abbruch desto gravierender sein müssen, je weiter das Alter des Ungeborenen fortgeschritten und je wahrscheinlicher seine extrauterine Lebensfähigkeit ist (BGHZ 151, 133).

Die Feststellung der Alternativlosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs wird zudem durch die Vorgaben einer ärztlich geleiteten Beratung flankiert, in der alle Aspekte der Konfliktlage der Betroffenen (Kind, Mutter, Vater, Arzt) abzuwägen sind.

zu § 218a Abs. 2b StGB

Die Einführung einer Beratungspflicht im Zusammenhang mit Erwägungen zum Schwangerschaftsabbruch aus medizinischer Indikation dient primär dem Schutz des Kindes.

Da die Konfliktlage bei medizinischer Indikation mindestens dieselbe Intensität aufweist wie beim Schwangerschaftsabbruch nach fristgebundener Indikation gem. § 218a Abs. 1 StGB, erscheint die Vorgabe einer auf Hilfegewährung orientierten Begleitmaßnahme auch für die Entscheidungsfindung zum möglichen Abbruch nach den Absätzen 2 und 2 a aus Gleichbehandlungsgründen erforderlich.

Im Falle der fristgebundenen Beratungsregelung gemäß § 218a Abs. 1 Nr. 1 StGB ist eine Beratung durch eine anerkannte Schwangerschaftskonfliktberatungsstelle erforderlich. Bei Vorliegen einer medizinisch begründeten Konfliktlage soll die Beratung ärztlich geleitet sein.

Wie im allgemeinen Begründungsteil ausgeführt, soll eine Bedenkzeit von mindestens drei Tagen in Analogie zu § 218a Abs. 1 Nr. 1 StGB dazu beitragen, die Entscheidung der Frau zum Abbruch selbstkritisch zu reflektieren und sie so breiter zu fundieren.

Das Beratungserfordernis gilt nicht im Fall einer unmittelbaren Gefahr, die das Leben der Frau bedroht.

Wenn also z. B. eine bedeutsame dringliche Indikation zum Abbruch aus medizinischen Gründen besteht (z. B. schwere Präeklampsie oder Eklampsie der Frau), kann auch unmittelbar ein Schwangerschaftsabbruch herbeigeführt werden. Ähnliches gilt, wenn eine akute Suizidalität bei der Frau besteht, die keine Möglichkeit offen lässt, diese anders abzuwenden.

zu § 219a Abs. 1 StGB

Inhalte der Beratung

Wie im allgemeinen Teil bereits ausführlich dargelegt, sind die Ziele der Beratung im Zuge einer Entscheidungsfindung zum möglichen Schwangerschaftsabbruch bei medizinischer Indikation gem. § 218 Abs. 2 und 2a im Vergleich zur Beratung der Schwangeren nach § 219 StGB grundsätzlich identisch; der Wortlaut des Entwurfs für § 219a Abs. 1 reflektiert dies insbesondere in den Sätzen 1 bis 3.

Satz 4 hebt die besondere Bedeutung der möglichen extrauterinen Lebensfähigkeit des Kindes im Zusammenhang mit einer Abbruchentscheidung nach § 219a Abs. 2a hervor und verdeutlicht auch im Beratungsgespräch das grundsätzliche Recht des im Gestationsalter weit entwickelten Kindes auf Leben. Die Vorgabe trägt dazu bei, die mögliche Abbruchsentscheidung besonders kritisch zu prüfen.

Notwendigkeit des Angebots einer psychosozialen Beratung

Da in jeder medizinischen Indikation eine Vielzahl von sowohl medizinischen als auch psychosozialen Aspekten zusammentreffen können, kann die Beratung nicht immer ausschließlich auf rein medizinische Aspekte beschränkt bleiben. Es gehört zur genuinen ärztlichen Aufgabe, auch psychosoziale Aspekte angemessen zu berücksichtigen.. Dabei soll die Ärztin / der Arzt zugleich erkennen, dass ihre / seine psychosozi-

ale Beratungskompetenz an Grenzen stoßen kann und es daher sinnvoll erscheint, eine unabhängige - auf psychosoziale Aspekte hin fokussierte - Beratung in Anspruch zu nehmen. Insofern ist das nach Satz 5 obligatorische Angebot einer zusätzlichen fakultativen psychosozialen Betreuung vorgesehen. Da sich eine solche Betreuung nicht auf eine „Einpunktberatung" beschränken sollte, sondern sie häufig ein dynamisches Kontinuum darstellt, muss auf konkrete Beratungsangebote vor, während und nach dem Schwangerschaftsabbruch hingewiesen werden.

zu § 219 a Abs. 2 StGB

Über die Begründung zur ärztlich geleiteten Beratung nach § 218a Abs. 2b StGB-E hinaus soll die Bindung an den die Indikation zum Abbruch stellenden Arzt einer Teilung der Verantwortung entgegenwirken. Gleichwohl bleibt es dem Arzt unbenommen ein Konsil durchzuführen.

Im Interesse der Rechtssicherheit für die Beteiligten soll gem. Satz 2 auch bei medizinischer Indikation eine Bescheinigung über die durchgeführte ärztliche Beratung in Analogie zu § 219 Abs. 2 S. 2 StGB ausgestellt werden.

zu § 12 Abs. 2 SchKG

Um das auch für Ärzte geltende Recht, nicht an Schwangerschaftsabbrüchen mitwirken zu müssen, nicht unnötig einzuengen, wird die Pflicht zur Mitwirkung näher qualifiziert, nach der es gilt, die Unmittelbarkeit einer Gefahr für das Leben der Schwangeren abzuwenden bzw. einer unmittelbar drohenden schweren Gesundheitsschädigung der Frau entgegenzuwirken.

zu § 16 Abs. 1 SchKG

Zahl der Kinder (Nr. 3)

Redaktionelle Klarstellung im Interesse der Eindeutigkeit.

Dauer der Schwangerschaft (Nr. 4)

Zur besseren und eindeutigeren statistischen Erfassung soll die Dauer der abgebrochenen Schwangerschaft in abgeschlossenen Wochen post conceptionem angegeben werden. Insofern sollte in Zukunft nicht mehr von z. B. der 14. SSW post conceptionem gesprochen werden, sondern von 13 Wochen + x Tagen im Sinne abgeschlossener Schwangerschaftswochen und zusätzlich differenzierender Tage. Diese Änderung würde vorhandene Fehlermöglichkeiten minimieren, da insbesondere bei hohen Schwangerschaftswochen und möglicher extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes eine Erfassung problematischer Zeitabschnitte nicht möglich ist.

Erkrankungen des Feten (Nr. 6 - neu -)

Durch die Einführung dieses neuen Erhebungsmerkmals wird die statistische Aussagekraft zum rechtlichen und medizinischen Hintergrund von Schwangerschaftsabbrüchen erhöht.

Nummern 7 und 8

Die Umnummerierung dieser beiden Erhebungsmerkmale sind Folgeänderungen zu Nr. 6 - neu -.

zur Änderung des Erhebungsvordrucks für die Schwangerschaftsabbruchstatistik des Statistischen Bundesamtes

- **neue Hauptspalte 18 „fetale Erkrankungen“**

Folgeergänzung zu § 16 Abs. 1 Nr. 6 - neu – SchKG

- **Zu Hauptspalte 21:**

- **Zusammenfassungen jeweils der Unterspalten 3 und 4 (zu „Hysterotomie“) sowie wie 5 und 7 (zu „Hysterektomie“)**
  Vereinfachung der Statistik, da der bisherigen Differenzierung keine wesentliche Bedeutung zukommt.

- **Ergänzung der Unterspalte 8 („Prostaglandine“)**
  Konkretisierung der Vorgabe, da die Verwendung von Prostaglandinen die häufigste medikamentöse Anwendungsmöglichkeit darstellt.

- **Einführung einer neuen Unterspalte „Andere, und zwar:“**
  Hierunter werden andere Anwendungsmöglichkeiten erfasst, die konkret zu benennen sind.

- **Einführung einer neuen Unterspalte „Embryozid / Fetozid“**
  Wie im allgemeinen Begründungsteil dargelegt, bedarf die Herbeiführung eines Fetozids auch der öffentlichen Transparenz. Hierbei sind zwei Indikationsbereiche zu unterscheiden.

Embryozid / Fetozid zur Embryoreduktion

Im Rahmen einer Sterilitätsbehandlung können insbesondere bei unkontrollierter Stimulation höhergradige Mehrlingsschwangerschaften (Drillinge, Vierlinge, etc.) entstehen. Diese Schwangerschaften sind für die Kinder sehr gefährlich, weil sie meistens zu einer erheblichen Frühgeburtenproblematik führen. Sie sind für

die Mutter ebenfalls nicht ungefährlich, da schwangerschaftsbedingte Erkrankungen (z.B. Präeklampsien) häufiger auftreten.

Grundsätzlich gilt das Ziel der Vermeidung von höhergradigen Mehrlingsschwangerschaften im Rahmen der Sterilitätsbehandlungen. Wenn sie aber eingetreten sind, so ist der Fetozid im Zusammenhang mit einer Embryoreduktion bei Mehrlingsschwangerschaften eine mögliche Option.

Es ist zu befürchten, dass diese durchgeführten Embryoreduktionen nicht in der Schwangerschaftsstatistik erscheinen, da sich die Patientin keinem operativen Eingriff unterzieht, der mit Ausstoßen, Absaugen oder Ausschabung der Frucht endet.

Insofern muss der Fetozid als „Art des Eingriffs" (Hauptspalte 21) mit in die Dokumentation eingeschlossen werden und eine separate Unterspalte im Erhebungsbogen ergänzt werden.

Fetozid bei potentieller Lebensfähigkeit des Kindes

Eine zweite Indikationsmöglichkeit zum Fetozid ist dann gegeben, wenn ein Schwangerschaftsabbruch bei potentieller extrauteriner Lebensfähigkeit des Kindes vorgenommen werden soll.

Zum einen kann ein Kind nach medikamentös eingeleitetem Schwangerschaftsabbruch lebend geboren werden und danach im Beisein der Eltern wegen extremer Unreife versterben, was von diesen traumatisch erlebt werden kann. Zum anderen wird angenommen, dass ein Schwangerschaftsabbruch, der mit Prostaglandinen durchgeführt wird und zum Absterben des Feten unter der Geburt oder nach der Geburt führt, von dem Feten selbst wesentlich qualvoller empfunden wird als ein alternativ möglicher „Sekundentod". Medizinisch gibt es in dieser Situation z. B. die Möglichkeit, mit einer intrakardialen Injektion (Kaliumchlorid) einen unmittelbaren Tod des Kindes herbeizuführen oder ihm hochdosiert ein Anästhetikum über die Nabelschnurvene zu applizieren. Dieses Vorgehen würde dem Kind ein möglicherweise qualvolles Absterben unter oder nach der Geburt auf Grund des somit bedingten Sauerstoffmangels ersparen.

Da der Fetozid in Deutschland und weltweit durchgeführt wird, sollte er auch statistisch erfasst werden. Zurzeit gibt es keinerlei Klassifizierungsmöglichkeiten im Erhebungsvordruck, so dass dieser zu fordern ist.

Schlussbemerkung

Überschneidungen zwischen statistischer Erhebung des Schwangerschaftsabbruchs und Personenstandsrecht

§ 29 der Personenstandsgesetz-Ausführungsverordnung (PersStdGAV) definiert Lebend- und Totgeburten sowie Schwangerschaftsaborte.

§ 29 Abs. 1 PersStdGAV bestimmt die Notwendigkeit der Anzeige und Eintragung einer Geburt, „wenn bei einem Kind nach der Scheidung vom Mutterleib entweder das Herz geschlagen, die Nabelschnur pulsiert oder die natürliche Lungenatmung eingesetzt hat."

§ 29 Abs. 2 PersStdGAV definiert eine Totgeburt, dessen Gewicht mindestens 500 g betragen hat und keines der Merkmale einer Lebendgeburt aufgewiesen hat.

§ 29 Abs. 3 PersStdGAV definiert eine Fehlgeburt als eine Leibesfrucht, die weniger als 500 g wiegt und keine Lebensmerkmale gezeigt hat. Sie ist in den Personenstandsbüchern nicht zu beurkunden.

Im Rahmen des Schwangerschaftsabbruches kann es aber Totgeborene von mindestens 500 g geben (entsprechend § 29 Abs. 2 PersStdGAV), die im Rahmen des Schwangerschaftsabbruchs unter der Geburt verstorben sind. Diese wären eigentlich als Totgeburten zu klassifizieren.

Weiter kann es Schwangerschaftsabbrüche geben von Kindern über 500 g (aber auch unter 500 g), die zum Zeitpunkt des Ausstoßens (der Geburt) Lebenszeichen hatten, wie z.B. Schlagen des Herzens, Pulsieren der Nabelschnur oder natürliche Lungenatmung. Meistens sistieren diese Lebenszeichen nach einigen Minuten. Zum Zeitpunkt der Scheidung vom Mutterleib (Geburt) sind sie jedoch vorhanden. Insofern sind diese Leibesfrüchte als Lebendgeburten einzustufen.

Im Zuge einer Antwort vom 18.05.2004 auf eine parlamentarische Frage (BT-Drucksache 15/3155) stellt die Bundesregierung fest, dass offensichtlich *„in diesen Fällen"* eines Schwangerschaftsabbruches kein Anlass für eine Beurkundung im Sinne des Personenstandsrechts gegeben ist. Allerdings weist die Bundesregierung auch auf die gegenteilige Rechtsauffassung hin und informiert darüber, dass im Rahmen der beabsichtigten Reform des Personenstandsgesetzes mit den Ländern daher zur Zeit geprüft werde, ob eine Klarstellung in den personenstandsrechtlichen Vorschriften erforderlich sei. Aus diesem Grund verzichtet die Bundesärztekammer auf eigene Vorschläge zur Klärung dieser Frage.

Eine solche Klärung ist jedoch unbedingt anzumahnen, da sonst die Schwangerschafsabbruchstatistik ungenau ist und es widersprüchliche Angaben zwischen ihr und der statistischen Erfassung nach Personenstandsrecht geben könnte.

§ 29 PersStdGAV

(1) Eine Lebendgeburt, für die die allgemeinen Bestimmungen über die Anzeige und die Eintragung von Geburten gelten, liegt vor, wenn bei einem Kinde nach der Scheidung vom Mutterleib entweder das Herz geschlagen oder die Nabelschnur pulsiert oder die natürliche Lungenatmung eingesetzt hat.

(2) Hat sich keines der in Absatz 1 genannten Merkmale des Lebens gezeigt, beträgt das Gewicht der Leibesfrucht jedoch mindestens 500 Gramm, so gilt sie im Sinne des § 21 Abs. 2 des Gesetzes als ein totgeborenes oder in der Geburt verstorbenes Kind.

(3) Hat sich keines der in Absatz 1 genannten Merkmale des Lebens gezeigt und beträgt das Gewicht der Leibesfrucht weniger als 500 Gramm, so ist die Frucht eine Fehlgeburt. Sie wird in den Personenstandsbüchern nicht beurkundet.

Verzeichnis der Teilnehmer des Workshops

Rechtsanwältin Dr. Christa ***Bienwald***, Oldenburg
Rechtsanwalt Prof. Dr. Werner ***Bienwald***, Oldenburg
Bernward ***Büchner***, Vors. Juristen-Vereinigung-Lebensrecht e.V., Freiburg
Prof. Dr. Gunnar ***Duttge***, Direktor des Zentrums für Medizinrecht Göttingen
Prof. Dr. Wolfgang ***Engel***, Direktor des Instituts für Humangenetik Göttingen
Prof. em. Dr. Gerfried ***Fischer***, LL.M, Juristische Fakultät Halle (Saale)
Oberarzt Dr. Henning ***Grastorf***, Albert-Schweitzer-Krankenhaus Northeim
Prof. Dr. Walter ***Gropp***, Juristische Fakultät Gießen
Vizepräsident OLG Dr. Ulrich ***Hamann***, Celle
Assistenzärztin Claudia ***Hartmann***, Albert-Schweitzer-Krankenhaus Northeim
Prof. em. Dr. Hermann ***Hepp***, ehem. Direktor der Universitätsfrauenklinik München-Großhadern
Prof. Dr. Werner ***Heun***, Juristische Fakultät Göttingen
Dr. Irene ***Hirschberg***, Institut für Geschichte, Ethik und Philosophie der Medizin, Medizinische Hochschule Hannover
Assistenzärztin Stefanie ***Jackstein***, Albert-Schweitzer-Krankenhaus Northeim
Prof. Dr. Bernd-Rüdiger ***Kern***, Juristenfakultät Leipzig
Cornelia ***Kraus***, Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl Prof. Schumann, Göttingen
Assistenzärztin Dr. Sabine ***Lassahn***, Albert-Schweitzer-Krankenhaus Northeim
Dr. Friederike ***Mußgnug***, Diakonisches Werk der EKD e.V., Berlin
Oberärztin Dr. Natascha ***Nicklaus***, Frauenklinik am Klinikum Kassel
Prof. em. Dr. Dr. h.c. Günther ***Patzig***, Philosophisches Seminar Göttingen
Rechtsanwalt Wolfgang ***Putz***, Lehrbeauftragter an der Ludwig-Maximilians-Universität München für Medizinrecht und Medizinethik
Prof. Dr. Rüdiger ***Rauskolb***, Chefarzt i.R. der Frauenklinik im Albert-Schweitzer-Krankenhaus Northeim
Prof. Dr. Dr. Ortrun ***Riha***, Karl-Sudhoff-Institut für Geschichte der Medizin und der Naturwissenschaften Leipzig
Christine ***Robben***, Wiss. Hilfskraft am Lehrstuhl Prof. Schumann, Göttingen
Dr. Dietmar ***Robrecht***, Chefarzt des Fachbereichs Geburtshilfe und Gynäkologie am Krankenhaus Neu-Mariahilf Göttingen
Birgit ***Scharnowski-Huda***, Initiative Regenbogen „Glücklose Schwangerschaft" e.V. Göttingen
PD Dr. Rolf ***Schlößer***, Abt. Neonatologie der Universitätsklinik Frankfurt am Main
PD Dr. Adrian ***Schmidt-Recla***, Juristenfakultät Leipzig
Prof. em. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Ludwig ***Schreiber***, Zentrum für Medizinrecht Göttingen
Prof. Dr. Eva ***Schumann***, Zentrum für Medizinrecht Göttingen
Dr. Cornelia ***Schubert***, Institut für Humangenetik Göttingen
Ass. iur. Desirée ***Wenzel***, Berlin
Dr. Christa ***Wewetzer***, Zentrum für Gesundheitsethik Hannover
Prof. Dr. Barbara ***Zoll***, Institut für Humangenetik Göttingen

Obwohl die Diskussion um die ethischen, rechtlichen und medizinischen Probleme des Schwangerschafts(spät)abbruchs nach Pränataldiagnostik und embryopathischem Befund seit der Reform durch das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz von 1995 und der damit verbundenen Abschaffung der embryopathischen Indikation seit bald fünfzehn Jahren geführt wird, fehlen noch immer überzeugende Lösungskonzepte. Die in diesem Band enthaltenen Beiträge des am 26. Februar 2008 veranstalteten 3. Göttinger Workshops zum Medizinrecht mahnen den dringenden Reformbedarf an und bieten Anregungen für die rechtspolitische Diskussion, die vor Kurzem mit einem Gesetzesentwurf aus den Reihen der CDU/CSU-Fraktion zur Änderung des Schwangerschaftskonfliktgesetzes erneut in Gang gesetzt wurde.
Im Mittelpunkt der Beiträge stehen die (straf-)rechtliche und medizinethische „Bewertung“ menschlichen Lebens vor der Geburt und die Frage, wie die beteiligten Professionen mit der Problematik eines embryopathischen Befundes verantwortlich umgehen können, damit die schwangere Patientin beim emotional belastenden Entscheidungsprozess die notwendige Hilfe und Unterstützung erhält, gleichzeitig aber auch dem Lebensrecht des ungeborenen Kindes (insbesondere in Fällen extrauteriner Lebensfähigkeit) angemessen Rechnung getragen werden kann.



ISBN 978-3-940344-47-2
ISSN 1864-2144

Universitätsverlag Göttingen